# شروط المسؤولية المدنية

## في القانون التونسي والمقارن

الأستاذ سامي الجربي

شروط المسؤولية المدنية



سامي الجربي أستاذ التعليم العالي في القانون الخاص بكلية الحقوق بصفاقس. تحصل على دكتوراه دولة بأطروحته حول تفسير العقد، وعلى التبريز في القانون الخاص. وهو مسؤول عن وحدة البحث "الالتزامات والتحكيم" بنفس الكلية، وعضو بجمعية بيت الخبرة منتدى العمل والتنمية بصفاقس. وله مقالات أخرى منشورة. وهو محام لدى التعقيب.

عالج هذا الكتاب شروط المسؤولية، وهي الفعل الضار والضرر والعلاقة السببية، كما وردت بمجلة الالتزامات والعقود وبعض النصوص الخاصة والقوانين المقارنة.

يرتبط محتوى الكتاب بدروس الإجازة والماجستير وبالبحوث الجامعية، ويمكن أن يكون عونا للسادة القضاة والمحامين ومساعدي القضاء.

الثمن: 30 د.ت
الايداع القانوني: الثلاثية الثالثة 2011
I.S.B.N: 978-9973-02-592-0
مطبعة التسفير الفني
Imprimerie Reliure d'Art
Tél +216 74 432 036 - Fax +216 74 432 248

# شروط المسؤولية المدنية

في القانون التونسي والمقارن



الأستاذ سامي الجربي

العنوان : شروط المسؤولية المدنية

الكاتب : سامي الجربي

الطبعة الأولى 2011

الإيداع القانوني : الثلاثية الرابعة 2011

الترقيم الدولي: 978 - 9973 - 02 - 591 - 3

طبع : التسفير الفني 030 ح 74 43 صفاقس



## الإهداء

إلى يد والدي التي أشارت إلى سور مدينة صفاقس، فرأيته يقطر مدادا وعرقا.

إلى روح الأستاذ محمد العربي هاشم، ورقة فقهية سقطت، فبقيت خضراء، غضة، لا تكنسها رياح الخريف.

إلى أرواح الشهداء، حتى لا تجف دماؤهم... ولا تتحول إلى أحمر للشفاه.

بسم الله والصلاة على رسول الله

## تقديم

كانت أمنيتي أن يقدم المرحوم محمد الزين هذا الكتاب. ولكن قلمي تعثر، فكان بطيئا ومتكاسلا، في حين كانت خطى المنون حثيثة، لاتتأخر ولا تستقدم موعدا آلم الجميع. فاحتجب عنا ذلك الفقيه بنظرته الثاقبة، وبفكره الذي أمد قانون المسؤولية والتأمين بآراء حصيفة . ووارى التراب أمنيتي والوعد الذي قطعه بالتقديم للكتاب.

رحم الله الأستاذ محمد الزين.

يتطرق هذا العمل لشروط المسؤولية. ويتوافق مع دراسة برنامج الإجازة والماجستير. وقد يجدي أيضا من يمارس المهن القانونية . وهو بحاجة إلى أن يستكمل عديد المحاور، منها أشباه العقود، و نظم بعض المسؤوليات الخاصة.

والطموح مشروع في أن يشاهد طبعات لاحقة إضافية. فمع تواتر عديد الأطروحات وغيرها من الأبحاث، ومع ثراء المادة القضائية وجودتها العلمية، بات لزاما أن يواكب البحث كل مستجد.

ولا يفوتني أن أشكر كل من أمدني- من قضاة ومحامين وباحثين- بقرارات غير منشورة، ما كان لي أن أحيط بها، لولا لفت النظر إليها.

طموح لاأراه إلا محمولا على جناح الأمل في أن يلبي القليل من حاجة الباحثين، وجناح الخوف من أن المرام أرقى من الجهد، وأن السفر طويل والزاد قليل.

وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب.

كتبت أحكام المسؤولية بأمم من حروف تناثرت ثم اجتمعت، لتضمن كرامة الإنسان وحرمته، اجتماع الغيم لوابل المطر. فإن افترقت عن غايتها وخرجت عن عقيدتها، تحولت إلى رذاذ، فربابة مكسرة، كأنها نفخ في رماد بارد، أوصيحة تفرّق صداها في واد سحيق.

تماما مثل القانون عموما، تحقق المسؤولية المدنية توازنا بين حرية الإنسان وواجباته الاجتماعية[1]. تقوم المسؤولية المدنية على تحمل نتائج التصرف[2]، وتؤدي إلى التزام الشخص بالتعويض عن الضرر الذي نتج عن إخلاله بواجب معين[3]. وتعتبر تقصيرية إذا قامت على جنحة أو شبه جنحة، وبالتدقيق عند غياب العلاقة التعاقدية بين المتضرر ومقترف الفعل الضار. وتعدّ تعاقدية إذا ارتبطت بالإخلال بواجب تعاقدي.

ولن يتم التفريق بين المسؤوليتين في ضمن هذا التأليف، كشأن من سار في هذا المنحى[4]، ولنفس الأسباب تقريبا[5].

ويقتضي الوقوف على تعريف المسؤولية المدنية تحليل المسألة في باب تمهيدي.

---

1 A.Tunc, La responsabilité civile, 2e éd. Economica, coll. Etudes jur. Comparatives, 1989, n° 20, p. 22,: «*Le droit de la responsabilité, comme le droit en général, est l'instrument qui permet de maintenir un équilibre entre la liberté de l'homme et ses pouvoirs et devoirs sociaux* ».

2 Malaurie, Aynès, et Stoffel-Munck, Les obligations, Defrénois, 4 éd. 2009, n°22 p.9.

3 G.Viney, et P. Jourdain, Traité de la responsabilité civile, Les conditions, 3ème éd. LGDJ. 2006, n° 445, p.374. A. Bénabent, Droit civil, les obligations, Domat. Montchrestien, 12e éd. 2010, n°520, p. 367.

4 Viney et Jourdain, préc.

5 بالإضافة إلى سبب تعليمي بحت، يحتم التعرض إلى بعض جوانب المادة في نفس البرنامج.

## باب تمهيدي: تعريف المسؤولية وتطورها

1. بدأت المسؤولية أخلاقية، فالأخلاق تحدد نطاق المسؤولية المدنية. ومن هذا المنظار يكون الشخص مسؤولا أمام ضميره وأمام المجتمع وأمام الله. ويقتضي التحليل التعرض لتاريخ المسؤولية وتطورها(قسم أول) ثم التعرض لمفهومها(قسم ثان).

## القسم الأول: تطور المسؤولية :تاريخها وأسسها

ينطوي تاريخ المسؤولية المدنية على مواقف حملتها مختلف الحضارات والأنظمة تبين اتساع نطاقها **(فقرة أولى)** ثم تدرجها في بلورة أسسها **(فقرة ثانية)**. ومن المفيد التأمل في آفاقها**(الفقرة الثالثة)**.

### الفقرة الأولى: تاريخ المسؤولية

2. بسطت مشاكل المسؤولية منذ التاريخ القديم، لمعرفة ما إن كانت شخصية أو جماعية، وما إن كانت جزائية تؤدي إلى العقاب أم تعاضدها مسؤولية مدنية تحقق التعويض[6]. وظهرت أحكام خاصة متباينة بين الحضارات الاشورية والبابلية ومجلة حمورابي. ويعتبر كتاب Ethique à Nicomaque لأرسطو حاملا لتحول عميق في أحكام المسؤولية. وسوف نتطرق إلى تاريخ المسؤولية في القانون الروماني(أ) ثم في الفقه الإسلامي(ب). ذلك أنهما ذكرا في مصادر مجلة الالتزامات والعقود.

6 حول تاريخ المسؤولية،

Responsabilité et antiquité, Rev. Méditerranée, L'Harmattan, 2002.



### أ ـ القانون الروماني

3- اهتدى GAIUS إلى التفرقة بين الواقعة القانونية والعمل القانوني. وفي صلب الواقعة القانونية فرق بين الجنحة وشبه الجنحة وضبط دعاوى محددة انطلاقا من صنف الجنحة مثل "السرقة والخطف والإضرار والشتم". وتؤدي في القانون المدني إلى تمكين المتضرر من استرداد ماله (تعويض عيني) وكذلك إلى الحصول على تعويض لضعف قيمة العين والأموال المتضررة. أما الدعاوى الناجمة عن شبه الجنحة فكانت أكثر عددا. ومنها شبه الجنحة التي يرتكبها القاضي لجهله بالقانون أو لمجانبة الحياد. وكذلك الضرر الملحق من شخص ألقى شيئا أو حجارة.

### ب ـ الفقه الإسلامي

4. قدم الفقه الإسلامي نظرية حديثة في المسؤولية التقصيرية[7]، رغما عن عدم ورود هذا المصطلح الحديث في كتب الفقه. والمصطلح الشائع لدى الفقهاء هو الضمان[8]، ويعني إجمالا التعويض. وقد استعملته مجلة الالتزامات والعقود هذا كثيرا وفي أكثر من موقع. وقد فرّق الفقه الإسلامي بوضوح بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية[9] التي لا تلزم إلا طرفي أو أطراف العقد.

7 E.TYAN, Le système de responsabilité délictuelle en droit musulman, Imp. Catholique Beyrouth 1926, p.9.

8 Idem, p. 152.

9 المرجع السابق، مع اعتماد مؤلف الضمانات للبغدادي.

5. وتتبني المسؤولية التقصيرية على الخطأ الشخصي كمبدأ أساسي وكذلك على نظرية موضوعية تقيمها عند غياب الخطأ، وتكتسيان نفس الأهمية[10]، في بناء المسؤولية.ويتبنى الفقه الإسلامي نظرية الخطأ الموضوعي. فالتعدي يرتب المسؤولية إذا كان التصرف غير عادي[11] أي غير مشروع دون اشتراط وجود إدارك للتعدي. ويميز الفقه بين العمل القانوني (الأقوال) الذي يشترط فيه الإدراك لإلزام صاحبه، وبين الأفعال التي ترتب مسؤولية صاحبها دون التفات إلى هذا العنصر. "هذه المعاني توجب الحجر في الأقوال دون الأفعال لأنه لا مرد لها لوجودها حسا ومشاهدة، بخلاف الأقوال، لأن اعتبارها موجود بالشرع والقصد شرطه"[12]. وبذلك تترتب مسؤولية المجنون والقاصر عن الرشد حتى الرضيع إذا أضر بتعديه، فيتم التعويض من ماله.

6. وتتضح هذه الميزة كذلك في اعتماده السبب الفعال المادي دون تعدد الأسباب إلا استثناء. وميز الفقهاء بين التسبب والمباشر، فالمباشر هو الذي يؤخذ بالاعتبار في ترتيب المسؤولية. وقد جاء في المادة 887 من المجلة العثمانية: "الإتلاف مباشرة هو إتلاف الشيء بالذات، فالفاعل المباشر هو من حصل التلف بفعله من دون أن يتخلل بين فعله والتلف فعل آخر". وذكرت المادة 888: " التسبب هو إحداث أمر في الشيء يفضي إلى تلف شيء آخر على جري العادة"[13] وجاء في المادة 95 "إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف

[10] في حين أن Tyan يجعل من الثانية مجرد حكم استطرادي. المرجع المذكور، ص. 155.

[11] Tyan,th. préci, p. 177.s .

الفصل 601 من المجلة العثمانية.

[12] الضمانات للبغدادي، ص. 422 .

[13] وقد استلهمت المجلة الأردنية في المادة 275 أحكامها منه فهي تنص على ما يلي:

1 - يكون الإضرار بالمباشرة أو التسبب.

2 - فإن كان بالمباشرة فيشترط التعدية والتعمد، أو أن يكون الفعل مفضيا إلى الضرر.



الحكم إلى المباشر مثلا لو حفر رجل بئرا في الطريق العام فألقى أحد حيوان شخص في تلك البئر ضمن الذي ألقى الحيوان، ولا شيء على حافر البئر"[14].

7. ولا يعني اهتمام الفقه الإسلامي بمصطلح الضمان أنه يقصر النظر على أثر تلك المسؤولية، أي التعويض، دون أركانها الأخرى. فبالإضافة إلى وظائف أحكام المسؤولية من إرساء للسلوك الوقائي اهتم الفقه بالغاية التعويضية لها. ويتجلى هذا من خلال مؤسستين: مؤسسة العاقلة ومؤسسة القسامة.

## مؤسسـة العاقلـة

8. تعود كلمة العاقلة في أصلها اللغوي إلى العقل في معناه المرادف للدقة "لأنها تعقل الدماء من أن تسفك" (الهداية II 183). وتفيد أن القبيلة التي ينتمي إليها الجاني تتكفل بأن تدفع التعويض للضحية. وتبرير ذلك هو"أن الدية لا تتناسب مع فعل غير إرادي، أو أن أفراد المجموعة يتضامنون بينهم في الأداء ويتعاونون عليه كما يتعاونون في الظروف الصعبة الأخرى"[15]. وينبني مصدرها على حديث لا يجزم في صحته، روي فيه أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: لا تعقل العاقلة عمدا ولا عيرا أو لا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون إرش الموضحة.وانتهى الفقهاء نظرا لتطور النظام الاجتماعي والسياسي وغلبة جهاز الدولة إلى تحميل الدولة ـ بيت المال ـ التعويض عند فقدان المسؤول لقبيلة أو ديوان ينتمي إليه. "فإن لم يكن عشيرة ولا ديوان فعاقلته بيت المال"[16]، وأصبح المبدأ أن تكافل المسلمين يضع على بيت المال دفع الدية[17] مع اختلاف الفقهاء حول ذلك.

[14] خليل جريج، ص. 104.

[15] Tyan, op.cit. p. 115.

[16] ومن لا عاقلة له يعطي من بيت المال إن كان موجودا ومضبوطا وإلا فعلى الجاني. الرد II .

[17] مجمع الضمانات. وتقوم الدية في الفقه الإسلامي بوظيفة التعويض وليس العقاب.

**9.** تؤدي إلى تحميل جماعة تعرف بمحلة أداء دية قتيل وجد في الموضع الذي يتساكنون فيه دون ضبط قاتله بعد أداء اليمين أو القسم. ويطبق نفس المبدأ عند وجود القتيل في منزل خاص دون التيقن من اقتراف صاحبه للجريمة. "القتل يثبت على صاحب الدار لوجود القتيل بداره، وإنما جعل وجود القتيل في داره بمنزلة مباشرته في حكم القسامة والدية خاصة للصيانة عن الهدر"[18]. وشهدت القسامة نفس التطور لتؤدي إلى مساءلة الدولة أي بيت المال وإلزامها بأداء التعويض عندما توجد الجثة في الطريق أو في أي موضع لا يقع تحت مراقبة المحلة[19]. وانتهى الفقهاء إلى أن بيت المال ملزم بأداء الدية لأنه ينوب المحلة ويمثلها، دون حصر ذلك في فرضية وجود قتيل في موضع تشرف عليه الدولة أو تجني منه أرباحا. فقد أسس الفقهاء القسامة على نظرية التبعة. فصاحب المنزل الذي وجد فيه القتيل مطالب بالأداء لأنه "إذا اختص بالموضع ملكا أو يدا بالتصرف كانت منفعة له، فكانت النصرة عليه، إذ الخراج بالضمان، وكذلك الدولة التي تجني المنافع من مؤسساتها وطرقه، فالغنم بالغرم"[20].

**10.** وبغض النظر عن هذا الأساس، فإن استقرار هذه المواقف يبين أن الضمان لا يفيد التعويض فقط، فهو وظيفة أساسية للمسؤولية تصون الفرد عن أن يكون بدنه أو دمه هدرا. وقد أصّل الفقهاء المسلمون أحكاما تضمن التعويض، وحمّلوا الدولة ذلك، دون أن تكون مسؤولة عن الفعل أو الجرم. وفي هذا إرساء لصناديق الضمان والتعويض وتحميل المجموعة له. ونلمس تشابها

18 المبسوط XXIV 127.
19 بدائع VII 290، البحر VIII. 394.
20 البدائع، VII ص. 250.



لهذه الظاهرة من حيث نفسها وروحها في الأنظمة الحديثة. ولنا أن نلمس ذلك عند التعرض لأسس المسؤولية.

## الفقرة الثانية: أســس المسؤوليـــة

**11.** تمتاز المسؤولية المدنية في نهاية القرن العشرين وبداية القرن الذي والاه بميزات ثلاثة.

الميزة الأولى هي أن المجموعة تتحمل عبء التعويض عن الأضرار والمخاطر. فتعميم التأمين سواء كان إجباريا[21] أو اختياريا، أدى إلى تحمل المؤمّنين الأضرار الحاصلة للأشخاص. ولم يبق الشخص لوحده المتحمّل لنتائج مسؤوليته، كما كان الشأن في عهد صدور مجلة الالتزامات والعقود، أو المجلة المدنية الفرنسية وغيرهما.

وترافقت هذه الميزة كذلك بتراجع المسؤولية الشخصية. فبعد الرؤية الفردية للمسؤولية أجبرت الحوادث الجماعية مراجعة تلك الرؤية، واتجه القضاء إلى إنشاء نظام مسؤولية موضوعية، يشهد عليها نظام المسؤولية الشيئية لدينا أو في القانون المقارن[22]. وكان هذا أيضا تفاعلا مع حلول التأمين عند التعويض. فتحوّل قانون المسؤولية إلى قانون تعويض مدفوع بتلك الغاية[23]. وارتقى بها إلى ايديولوجية ترفع شعار التعويض وترفع لوائه[24].

21 بالنسبة للسيارات الأمر عدد30 المؤرخ في 20 جانفي 1961. وقانون 15 أوت 2005، وكذلك في البناء الفصول 95 من مجلة التأمين وما بعده المنقحة للمجلة المذكورة بالقانون عدد94-10 المؤرخ في 31 جانفي 1994.
M. Zine Le droit des assurances, El Wafa, 1996, n° 439, p. 305.
22 G. Viney, le déclin de la responsabilité individuelle, L.G.D.J, 1967.
23 Chantal Russo, De l'assurance de responsabilité, l'assurance directe. Contribution à l'étude d'une mutation des risques. Dalloz, 2001.
24 L. Cadiet, Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation, in Le juge entre deux millénaires, Mélanges P. Drai, Dalloz, 2000, p. 495 ;D. Mazeaud, Famille et reponsabilité, (réflexions sur quelques

Le droit de la responsabilité civile s'étant transformé en un véritable droit de la responsabilité guidé par l'objectif indemnitaire.

ويضاف لهذه الظاهرة تواجد صناديق الضمان، وهي مؤسسات تعوّض حتى عند فقدان المسؤولية الشخصية.

12. أما الميزة الثانية فمفادها أن المسؤولية قامت في بدايتها على نصوص قليلة جمعت في المجلات المدنية، ويُردّ ذلك إلى تأثير المسؤولية الشخصية وانحصار حالاتها في وضعيات قليلة. ولم تبق هذه النصوص مستوعبة لنظام المسؤولية كاملا. فمع البناء القضائي السامق الذي قام عليها والذي يكوّن القانون العام لهذه المسؤولية، صدرت قوانين خاصة عديدة مرتبطة بالمسؤولية المدنية، مثل حماية المستهلك وقانون المسؤولية عن البناء وعديد القوانين المرتبطة بحماية المحيط[25]. وقد أصّل بعض هذه القوانين ما انتهى إليه فقه القضاء، واستلهم منه عديد الحلول. وهي ميزة أخرى اصطبغ بها قانون المسؤولية.

13. أما الميزة الثالثة فقد أبانت أن فقه القضاء أدلى في هذه المادّة بنصيبه واستنبط فيها عديد القواعد سواء بمناسبة تفسير النصوص أو بغاية إرساء التزامات إضافية. القضاء أقام من المسؤولية الشيئية مبدأ عاما وهاما، يضاهي المسؤولية عن الفعل الشخصي، وحدد أساس قرينة المسؤولية الشيئية،

aspects de «l'idéologie de la réparation »), in Etudes P. Catala, Litec, 2001, p. 569.

25 نجد في القانون المقارن تنوعا أكثر لهذه القوانين، في القانون الفرنسي: قانون جويلية 1985 حول حوادث السير. قانون المواد المعيبة.المؤرخ في أكتوبر 1998 والذي نقح الفصل 1386م.م فرنسية.

Ph.Malaurie, L.Aynès et Ph.Stoffel – Munck, Les obligations, Cujas 2009, n°26s. p. 12s.



فحرر الفصل 96 م إ ع من قاعدة الجزائي يعقل المدني. وفي المسؤولية الطبية ميز بين الالتزام ببذل عناية وتحقيق نتيجة، وضبط الأحكام العامة لمسؤولية المصحات، كما أنه عالج مسألة الخيار أو عدمه بين المسؤوليتين.

ويشهد القانون المقارن أيضا على ذلك. ولعل القضاء الفرنسي يشهد على طفرة المادة القضائية ووفرتها، وانتقال عديد المواقف القضائية إلى التشريع لتتخلص المسؤولية من تشعب الحلول القضائية وتعقيدها[26]، رغما عن المسحة الديناميكية التي أضفتها عليها[27] في بعض القوانين المقارنة. وهي مؤشر على تطور الأسس واختلافها لدى القضاء والفقه والتشريع.

14. تراوحت أسس المسؤولية المدنية بين الأسس التقليدية التي تشمل الخطأ والتبعة(أ) وبين أسس حديثة بلورها الفقه لتأصيل قواعد المسؤولية وتوضيح وظائفها (ب). ولا مناص من تفحّص تلك الأسس في القانون التونسي(ج).

## أ ـ الأسس التقليدية

تجتمع هذه الأسس حول أمرين: الخطأ (1) والتبعة (2).

26 Idem, n°30, p.30.

27 Ph. Le Tourneau, C. Bloch, J. Julien, Ch. Guettier, D. Krajeski, A. Giudicelli, M. Poumarède, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz action 2010/2011, n°101, p.56.

## 1 ـ الخطأ: La faute

**15**. عماد للمسؤولية وعميدها من حيث قيامها عليه؛ الخطأ مبدأ متجذر في الحضارة الغربية[28]، ويضرب في القدم بالنسبة للحضارة الغربية في القانون الكنسي، ليمتد إلى أحكام دوما DOMAT ثم إلى القانون الفرنسي في المجلة المدنية في الفصل 1382 وما يليه، دون أن يرتبط في بدايته بالمسؤولية التعاقدية. و شهد قيامه في القانون الفرنسي تمييزا نهائيا بين المسؤولية الجزائية والمسؤولية المدنية، وافتراقا بائنا بين الوظيفة العقابية للأولى والوظيفة التعويضية للثانية.

**16**. ويكون الخطأ قائما على فكرة المسؤولية الذاتية. ويقوم على تقدير شخصي للسلوك والتصرف ليجسم رؤية إنسانية حبكتها التيارات الفلسفية والقانونية حتى عصر النهضة، بوضعها وشائج تجمع بين الحرية والوعي والضمير لدى الإنسان[29]، وأواصر ركزت مبررات الأخذ بالخطأ وتأسيسه على العدالة الحسابية وعلى الأخلاق في جميع أنظمة المسؤولية[30].

**17**. وتبدو قاعدة الخطأ كمولد للمسؤولية قاعدة كونية ذات ميزات كثيرة. فهي تقوم بدور وقائي يمنع الشخص مسبقا من إتيان ضرر للغير، وتمكّن المشرع من وضع تدابير تقطع الطريق عن كل سلوك غير عادي متسم بالخطأ، بترتيب مسؤولية صاحبه مسبقا. *فيحق مثلا للمساهمين* مطالبة القضاء الاستعجالي بتسمية حارس قضائي [31] عند وجود تصرف مخطئ من جانب المسير.

---

[28] Idem, n°31, p.30.
[29] Idem, n°21, p. 10.
[30] G.Viney, Modernité ou obsolescence du code civil? L'exemple de la responsabilité, Mélanges Ph. le Tourneau, Dalloz, 2008, p.1041s.
[31] E. Tyan précit.



**18**. ولمجلة الالتزامات والعقود انتماء لهذا الأساس. فقد اعتنقت النظرية الذاتية في الفصلين 82 و83 م إ ع. وينص الأول: "من تسبب في ضرر غيره عمدا منه واختيارا بلا وجه قانوني سواء كان الضرر حسيا أو معنويا فعليه جبر الضرر عن فعله إذا ثبت أن ذلك الفعل هو الموجب للضرر مباشرة. ولا عمل بكل شرط يخالف ذلك". وينص الثاني: "من تسبب في مضرة غيره خطأ سواء كانت المضرة حسية أو معنوية فهو مسؤول بخطئه إذا ثبت أنه السبب الموجب للمضرة مباشرة. وكل شرط يخالف ذلك لا عمل عليه. والخطأ هو ترك ما وجب فعله أو فعل ما وجب تركه بغير قصد الضرر".

**19**. ولا تشذ هذه القاعدة في مبدئها عن فكرة الخطأ في الفقه الإسلامي، رغما عن أن هذا النظام لا يشترط الإدراك دائما، ويكتفي في اعتبار الخطأ بسلوك غير عادي يشذ عن المعتاد، أي أنه يقتصر بما هو غير مباح Illicite لترتيب الخطأ، رغما عن بعض التباين في الأسس الفلسفية لهذا الفقه و للنظرية الفردية.

**20**. وتتبوأ فكرة الخطأ في المجلة المدنية الفرنسية منصب حجر الزاوية في أحكام المسؤولية المدنية . فالفصل 1382 يتطرق إلى الجنحة، وهي فعل ضار أو غير مشروع يبحث فيه فاعله عن النتيجة. أما الفصل 1383 فيتطرق إلى نفس المبدأ مع فارق بالنسبة لما سبقه، فهو يتعرض إلى شبه الجنحة بوصفها خطأ يقترف بسبب الإهمال أو عدم الانتباه.

ويطالب المتضرر بأن يثبت الخطأ في جانب المسؤول حتى يكون محقا في طلب التعويض. ويترافق تحمل عبء الإثبات بخطر الإثبات. فإن فشل المتضرر في البرهنة على وجود الخطأ ردّت دعواه في التعويض. ومن الناحية العملية اتضح أن إثبات الخطأ أمر صعب. وكثيرا ما أدى إلى ضياع التعويض.

ولم تتعرض الفصول 1384 و1385 و1386الموالية للفصل 1382 في المجلة المدنية الفرنسية إلى مصطلح الخطأ ولم تشر إليه. ولكن ذلك لا يعني في شيء بالنسبة لأنصار النظرية التقليدية إفلاتها من أساس الخطأ. فكلها تعتمد خطأ مفترضا يؤدي إلى قيام المسؤولية. ففعل الشيء هو نظام مسؤولية يفترض الخطأ في جانب حارس الشيء، وكذلك الشأن بالنسبة لفعل البناء وغيره[32].

21. ولكن هذه النظرية أبدت قصورا من الناحية التطبيقية مشفوعا بقصور نظري أيضا: فهي لم تساير غاية المسؤولية المدنية في بعدها التعويضي. لأن إثقال كاهل المتضرر بعبء الإثبات انتهى إلى فشل دعواه، فساهمت نظرية الخطأ في فقدان التعويض عن أضرار بالغة. وبقيت منكمشة في أصولها، فلم ترق إلى مسايرة تطور نمط الإنتاج وما رافقه من تعدد للأضرار والكوارث.

32 Discours de Tarribe, cité par G. Viney, art. préc., p.1045 : « Le dommage doit être l'effet d'une faute ou d'une imprudence de la part de quelqu'un : s'il n'est attribué à cette cause, il n'est plus que l'ouvrage du sort, dont chacun doit supporter les chances ; mais s'il y a eu faute ou imprudence, quelque légère que soit leur influence sur le dommage commis, il en est dû une réparation. C'est à ce principe que se rattache la responsabilité du propriétaire relativement aux dommages causés par les animaux, ou par la ruine d'un bâtiment mal construit ou mal entretenu. C'est au même principe que se rattache encore la responsabilité plus importante, prononcée par l'article 1384, contre le père, la mère, les maîtres et les commettants, les instituteurs et les artisans, pour les dommages causés par les enfants mineurs, par les domestiques et les préposés, par les élèves et les apprentis ».



وقد تكون نظرية الخطأ قد شارفت لتلك الأسباب على الأفول، ولكنها استعادت من هرمها شبابا وعنفوانا وتصابيا[33]، واكتسبت من الانتقادات قوة دفعتها مجددا لتكون أساسا حديثا للمسؤولية.

22. هذا الانتعاش له إرهاصات عديدة وعلامات كثيرة[34]. فمنها صيرورة الخطأ ذا قيمة دستورية في النظام الفرنسي مثلا[35]، بتأكيد المجلس الدستوري أن من يضر بالغير يلزم بسبب خطئه بجبر الضرر[36]. ولئن رأى البعض أن القيمة الدستورية ترتبط بالتعويض عن الضرر وليس بالخطإ كأساس للمسؤولية[37]، فإن المجلس الدستوري الفرنسي حقق القيمة الدستورية للخطأ واعتبر الفصل 1382 ذا طابع دستوري[38]، دون أن يذكره مكتفيا بمضمونه ليقحم محتواه ويرتقي به إلى مركز المبدأ العام[39] والركيزة الدستورية[40].

33 Ph. Le Tourneau, La verdeur de la faute, RTD Civ. 1988, p.505.

34 La responsabilité pour faute, Colloque organisé par le centre de droit de la responsabilité de l'université de Maine et le Centre de recherches en droit privé de TOURS, resp. civ et ass. 2003, n° 6, p. 33 .s.

35 Ph. Brun, la constitutionnalisation de la responsabilité pour faute, Colloque préc. p.37.

36 Considérant que nul n'ayant le droit de nuire à autrui, en principe, tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. Cons const, 22.10.1982. et Cons. Const. 9.11.1999. n°99.419. ICP 2000 I 280 n° obs. Viney, D. 2000, p.424, obs S.Garneri.

37 Carbonnier , Droit civil, Introduction, P. U. F 26éme éd. n°123.

38 Cons. Const. 9.11.1999. n° 99-413. PA : 1.12.1999, note Schoetti.

39 G.Viney, Pour ou contre un principe général de responsabilité civile pour faute, Mélanges Catala, Litec, 2001, p.555.

40 حول نقاش القرارات الدستورية وأبعادها. نفس المقال. Brun préci

حول مسألة دستورية هذا الفصل وعلاقة القانون الخاص بالقانون الدستوري:

Molfessis, les sources constitutionnelles du droit des obligations, in Le renouvellement des sources du droit des obligations, L.G.D.J.1997, p.65. Le droit privé source de la jurisprudence du conseil constitutionnel, Economica, 1999.

ولكن الأمر لا يقف عند هذا "التشريف". فالعودة تعزى إلى تحوّل نسبي لوظيفة المسؤولية، وظهور دورها الوقائي. Rôle préventif. ولما كانت بداية القرن العشرين قد أزاحت النقاب عن هنات الخطأ والمسؤولية الذاتية، فإن بداية القرن الواحد وعشرين نفخت فيها روحا جديدة ودما يافعا، استبدل عيوب الخطأ ونواقصه بدور وظيفي مركزي في المسؤولية[41]، ودور تنظيمي Régulateur للعلاقات الاقتصادية والحريات والحقوق الشخصية[42]. فاكتسحت المسؤولية الذاتية عدة مناطق مستحدثة، منها ميدان التكنولوجيات الحديثة والإعلامية، لترتب المسؤولية عن كل تصرف غير نزيه وغير مباح، دون أن يكون هدفها الأساسي منصبا على مجرد التعويض. وأقام القضاء الفرنسي مسؤولية مزود الموقع Fournisseur d'hébergement على أساس الفصل 1383 من المجلة المدنية الفرنسية[43]، رغما عن تحوّل المشرع الفرنسي عن هذا الأساس في قانون 1 أوت 2000، والقانون عدد 575-2004 المؤرخ في 21 جوان 2004، المتعلق بإرساء الثقة في الاقتصاد الرقمي لسنة 2004[44].

ومع هذه الانتعاشة المحسوسة، فإن المسؤولية الشخصية القائمة على الخطأ لم تتربع لوحدها بدون منازع على كرسي الأسس التقليدية، لوجود حالات عديدة تقوم على المسؤولية الموضوعية، وتستند إلى فكرة التبعة.

41 F. Arhab, les nouveaux territoires de la faute, Resp. civile et ass. 2003. p. 43. G. Viney, Modernité ou obsolescence du code civil? L'exemple de la responsabilité, préc.p. 1046.

42 G. Viney, Introduction au droit de la responsabilité, L.G.D.J, 3ème éd. 2006, n° 43-1, p. 91.

43 Ph. Le Tourneau, des métamorphoses contemporaines et subreptices de la faute subjective, in les métamorphoses de la responsabilité journées Savatier, PUF, 1998, p. 31.s.

44 Ph. Brun, Responsabilité extracontractuelle, n°314, p. 199.



## 2 – التبعة: Le théorie du risque

23. هي نظرية موضوعية تقيم المسؤولية دون اشتراط الخطأ وتعيّن المسؤول دون أن يكون سلوكه شاذا عن المعتاد. ولهذه النظرية حجج كثيرة[45]. فهي تجمع بين المسؤولية في بعدها التعويضي وبين مديونية المستفيد من نشاط معين، بأن تحمله تبعات نشاطه وربحه. ولا تحقق بذلك جزاء لصاحب الربح أو صاحب المشروع، بل تقوم بدور وقائي للأضرار، لأن المتسبب فيها محمول على تجنبها. وتدعمت النظرية بتعميم التأمين في عديد الأنشطة الصناعية والاقتصادية، مصدر عديد الحوادث والأضرار. ووجدت في التطور الصناعي وتغير نمط الإنتاج حقلا أخصبت فيه مسلماتها. ومن سمات انتشار هذه النظرية رواجها لدى الفقه والقضاء والتشريع.

24. ففي الفقه عارض الفقهاء الألمان والإيطاليون والنمساويون[46] استئثار الخطأ بأسس المسؤولية. وخلّصوها منه، مرتكزين على حجة جوهرية مفادها أن الارتباط بين الخطأ والمسؤولية مؤشر قاطع على ترسب العلاقة بين المسؤوليتين الجزائية والمدنية. فالمسؤولية الجزائية لوحدها هي المؤهلة لتهتم أساسا بالخطأ. أما المسؤولية المدنية فهمّها الرئيسي معالجة الضرر، دون انكباب على الفعل الضار، كما ذهبت إليه المسؤولية الذاتية، لأن غايتها الجوهرية تحديد التعويض.

وكان Saleilles الناطق الفقهي في فرنسا بمبادئ هذه النظرية[47]، ودوّن رأيه في تعليقه على عديد القرارات الفرنسية. والتف عرضه الداعم لنظرية

45 P. Jourdain, les principes de la responsabilité civile, 8ème éd. Dalloz, p. 31.

46 G. Schamps, La mise en danger : un concept fondateur d'un principe général de responsabilité, analyse de droit comparé, Préf de R.O. Dalcq, Bruylant, L.G.D.J, n°23, p. 609.

47 R. Saleilles, Les accidents de travail et la responsabilité civile, 1897.

التبعية، حول حجة تفيد بأن المنتفع من أي نشاط، ملزم بضمان تبعة هذا النشاط، وذلك بأن يتحمل تعويض الأضرار اللاحقة بالغير، مقابل ما يجنيه من منافع وفق التكافل الإجتماعي. وانتقلت هذه الأفكار إلى جوسران، Josserand وتولى الدفاع عنها في تحليله للمسؤولية عن فعل الأشياء موضوع **الفصل 1384 ف 1.**

**25.** وتوّج هذا التيار بتحسيس المشرع الفرنسي وغيره من المشرعين الأوروبيون بمبادئ نظرية التبعية وصياغتها في قوانين فواجع الشغل. وجاء تبعا لذلك القانون الفرنسي المؤرخ في 1898.4.18 لتمكين العامل من التعويض. فيتحمله المؤجر دون أن يطالب المتضرر بإثبات الخطأ ودون أن يتعرض إلى مخاطره. بل إن التعويض متحقق حتى وإن استطاع المؤجر إثبات غياب الخطأ في جانبه أو تمكن من إثبات خطأ العامل. ويكون هذا التقنين تجسيما كاملا لنظرية التبعة، فهي تعوض آليا للمتضرر دون تقدير سلوكه، ودون تقدير لسلوك المسؤول المدين بالتعويض، ودون الوقوف على وجود الخطأ أو فقدانه. إلا أن هذا التقنين بقي جزئيا، ولم يأت نهائيا على المسؤولية الذاتية وفكرة الخطأ. ولم يرتق بذلك إلى مصاف المبدأ العام المكتوب في المسؤولية، وارتبط بنصوص خاصة أملتها ظروف خاصة. ولكن القضاء انضم إلى قائمة المناصرين لهذه النظرية، فمدد حقل إشعاعها إلى حيث لم يصل التشريع.



فقد اتجه القضاء الفرنسي خاصة في المسؤولية الشيئية[48] وفي المسؤولية عن فعل الغير، وفي المسؤولية التعاقدية أيضا إلى إعفاء المتضرر من إثبات الخطإ والاكتفاء بإثبات الضرر لترتيب مسؤولية مفترضة responsabilité présumée ضد المتسبب في الضرر. ووجد القضاء الفرنسي سندا لمواقفه في تعميم التأمين الإجباري في عديد القطاعات كالنقل والصناعة وغيرها.

وتعممت هذه النظرية لتكتسح أرضا أوسع بعدم اقتصارها على الربط بين المغنم والثراء كمقابل لتحمل التبعة، لتجعل الأمر في علاقة مع أي سلوك يؤدي إلى تبعة معينة دون التفات إلى أبعاده المربحة[49].

**26.** ورغما عن هذا الاكتساح والرواج فقد استهدفت نظرية التبعة كذلك النقد[50]. فقد عيب عليها إغفالها لتقييم سلوك المدين بالتعويض وإسقاطها للخطأ، مما ينتهي بها إلى تراجع مفهوم المسؤولية لدى الإنسان ومجانبته لواجب الحيطة والحذر المتعارف عليه في سلوك كل شخص عادي[51]. وعيب عليها أيضا أنها أوقعت نفسها أسيرة في حبال مزاياها، فالتعويض اليسير والآلي ينقلب إلى حمل ثقيل على المجموعة وسند مبالغ فيه. وفي خصوص شطط الإتجاه نحو التعويض، يبدو القانون الأمريكي أنموذجا شاهدا على هذا التوجه المفرط واللاهث وراء التعويض.

---

48 F. Aubert et Savaux, le fait juridique, Armand Colin, 13ème éd.2009, n°238, p. 297.

49 A. Bories, La responsabilité des personnes morales, Revue Recherche Juridique, 2006, p.1344s., n°27, p. 1345.

50 Le Tourneau, et alii, n°85 s., p. 85 s.

51 Viney, Introduction au droit de la responsabilité, L.G.D.J, 3ème éd, 2006, n°50-1, p.113.

ولم تبق هذه النظرية الشاهدة الوحيدة على السند الموضوعي للمسؤولية. فقد انبنت أسس أخرى حديثة مثل نظرية تنك Tunc والمسؤولية بسبب "التعريض إلى الخطر" Mise en danger.

## ب – النظريات الحديثة

27. قدمت هذه النظريات سندا إضافيا لأسس المسؤولية. وبقدر مازاحمت في ذلك الأسس التقليدية، بقدر ما كونت معها إطارا شاملا لتحليل مبادئ المسؤولية. ومنها ما بقيت متراوحة بين المبادئ التقليدية وشرح حديث يزاحم تلك الأسس، مثل نظرية ستارك في الضمان (1). ولكن بعضها الآخر تجاوز النظريات التقليدية، ليرسي قواعد إضافية تفسر ما آلت إليه أحكام المسؤولية، ومنها نظرية Tunc لحوادث السير (2) ونظرية التعريض إلى الخطر(3) Mise en danger

### 1 – نظرية "ستارك" "STARCK" للضمان

28. عالجت هذه النظرية أسس المسؤولية من زاوية المتضرر. وقد دافع عنها B. Starck في أطروحة دكتوراه سنة1947[52]. وكان قد انتبه إلى تضخم الأضرار وتنوعها عند الأشخاص مقارنة بما كانت عليه فيما سبق، فانبرى ليقدم أحكاما تتماشى مع ما يجب أن تكون عليه المسؤولية. تقوم المسؤولية المدنية في رأيه على تنازع حقوق متعارضة. فمن جهة نجد حقا في النشاط الاقتصادي وفي الكسب، يقابله حق في حرمة الجسد وحرمة السلامة البدنيّة. فإذا كان الحق في النشاط الاقتصادي سبيلا لإلحاق الأضرار وخاصة منها البدنية، وفي نفس الوقت سبيلا للإثراء، وجدت المسؤولية المدنية نفسها

52 Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée dans sa double fonction de garantie et de peine privée, th. éd. Paris,1947.



أمام ترتيب تفاضلي لهذه الحقوق. ولذا، كان حريّا تقديم حق الحرمة الجسدية والسلامة البدنية على حق التكسب والنشاط الاقتصادي. ولا بد من إعطاء الأولوية حينها للتعويض. ولا يكون – إذا تعلق الأمر بأضرار بدنية – ، مرتبطا بإثبات الخطأ، لأن حرمة الجسد حق يقدم على حق التكسب، يضمن له التعويض كلما لحق به أذى. فالنظر منكب هنا على المتضرر، دون أن نلتفت إلى الفعل الضار، سواء كان في وصفه أو في إثباته. هذه النظرية أساس لمسؤولية تستند إلى التأمين، حتى تضمن غائلة صعوبة التعويض، إذا لاقت ذمة المدين صعوبة في الأداء[53]، رتبت الحقوق الشخصية وفق معيار المصالح التي يرتبط بها التعويض ، ليكون آليّا عند وجود الضرر البدني، لكنه لا يكون كذلك إذا كان الضرر أدبيًا. فيتغيّر النظام في هذه الوضعية، بتغير نظام الإثبات وموضوعه. ويتمّ تقدير الفعل الضار، ويرتبط التعويض بالبرهنة على الخطإ.

ولا مجال لأن ننسى أن هذه النظرية حولت نظرها عن سلوك المدين، وعن تقييمه من زاوية الخطإ الذاتية أو التبعة الموضوعية، لتمحص المسؤولية بمسبر حقوق المتضرر، التي تحولت إلى "حقوق دين" ذاتية، تبلور لدى بعض الآراء الحديثة في الحق في السلامة[54].

تمتاز نظرية STARCK بأنها قدمت تحليلا توفيقيا بين نظرية الخطأ ونظرية التبعة، وقدمت تأصيلا للمواقف القضائية الفرنسية. ولكن الأسس المنطقية لنظرية الضمان تتجافى حسب النقاد[55] مع المسؤولية. فهي تؤدي آليا

53 B. Starck, op. cit., p. 73: « Appuyée sur l'assurance de responsabilité, la garantie réalise un équilibre social et moral supérieur à celui de la responsabilité pour faute ».

54 Ch. Radé, Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile, 2- Les voies de la réforme : la promotion du droit de la sûreté, D. 1999, Chr. p. 23.

55 Ph. Brun, Responsabilité civile extracontracontractuelle, n° 160, p. 99. N. Bargue, Essai sur la notion de garantie, Th. ParisI, 2008, n°53, p.57.

إلى التعويض دون اشتراط مسبق لفعل غير مشروع. وتجد انعكاسا لها في صناديق التعويض وتعميم التأمين.

ولم تتول مع ذلك اقتراح مشروع تشريعي كما فعل TUNC .

## 2 ـ نظرية "تنك" "TUNC"

**29.** بدا André Tunc من أنصار النظرية الذاتية مع الأخوة Mazeaud في مؤلفهم المطول للمسؤولية المدنية المتأثر بتحليل ذاتي تقليدي. وقد بدأ مواليا للنظرية الذاتية، ولكنه غيّر بعد ذلك وجهته وانتقد الفقه وخاصة فقه القضاء. وكان نقده الشديد موجّها ضدّ تطبيق أحكام المسؤولية على حوادث المرور. فبيّن Tunc أن القضاء يعامل المسؤول والمتضرر على قدم المساواة ويتولى تقدير سلوكهما معا ليحدد مدى مساهمة كل واحد منهما في الحادث وفي الضرر، ويجزّئ على ضوء ذلك المسؤولية بينهما، ثم يربط التعويض بنسبة مساهمة كل واحد منهما في الحادث. وينتهي الأمر في عديد المرات إلى حصول المتضرر على قدر زهيد من التعويض لا يتماشى مع جسامة ضرره. وقد انتقد كذلك القضاء بسبب طول الإجراءات وما يتبعها من تعقيد في استخلاص الضمانات. فاستنكر هذه الوضعية القانونية، وزاده استنكارا أن المستفيد المباشر هو قطاع التأمين، القطاع الذي نشأ لتغطية الأضرار الناتجة عن حوادث المرور وعن جميع الأنشطة الأخرى. فاستخلص أن هذا الوضع غير منصف للضحايا. ولم يقتصر انتقاده على حوادث المرور، بل تعداها إلى فروع المسؤولية كاملها في قطاعها المهني والطبي والصناعي... وقد قدم مشروعا لتنقيح قانون المسؤولية المدنية له أحكام تناصر المتضرر وتيسّر له سبل التعويض بغض النظر عن مساهمته في الحادث، وبغض النظر عن علاقة تصرفه مع ذلك الحادث وارتباطه السببي به.



والفكرة الأساسية أن التعويض في مشروع Tunc حق للمتضرر لا يحرم منه خاصة عند وجود أضرار جسدية. وقد لاقى مشروعه انتقادا شديدا في فرنسا، ووجد صدّا منع من أن يقبل كتنقيح لأحكام المسؤولية. ولكنه لاقى استحسانا لدى غير الفرنسيين خاصة عند الانقليز والأمريكان مثل Connel و Keeton الذين دافعا عن توجّهه. وأدمج تشريع زيلندا الجديدة حول حوادث المرور اراء تنك أيضا. وقد تأثر به كذلك القانون الجزائري وقانون السويد. وعاود القانون الفرنسي الحنين لمواقفه في القانون المتعلق بحوادث المرور المؤرخ في 5 جويلية 1985، فأعاد ترتيب نظامها، ليكون قد اعترف بالجميل لهذا الفقيه لوجاهة اقتراحه. ولم يغب إشعاعه في النظام التونسي، بما أنّه أدرج أحكاما خاصة بحوادث المرور في مجلة التأمين بعد تنقيح في 15 أوت 2005 مستقى من مقترح "تنك".

وانطلقت المحاولات الفقهية الحديثة من الأنشطة الخطيرة لتقدمَ أسسا استشرافيّة للمسؤولية كما هو الشأن في الأنشطة الخطيرة.

## 3 ـ نظرية إنشاء الخطر وتعريض الغير له

**30.** تنسب هذه النظرية للبلجيكية Geneviève Schamps[56] في أطروحة تحمل عنوانا يعرّف النظرية. وقد قامت على نقد مباشر لنظرية التبعة التي بنت التعويض على وجود التبعة. وإذ كان اهتمام النظرية منصبّا على التخلص من الخطأ لإعاقتها المتضرر من الحصول على تعويض ما لحقه، فإن ارتكاز الخطأ على عنصر المباح "La liceité" جرّد الخطأ من صعوبة الإثبات. وقد عرّج الفقه على العمل غير العادي Anormal. وعلى واجب

[56] La mise en danger: un concept fondateur d'un principe général de responsabilité, analyse de droit comparé, Préf de R. O. Dalcq, Bruylant, L.G.D.J. n°23, p. 609.

عدم الإضرار بالغير لترتيب المسؤولية. ولكن هذين المعيارين أعادا في حقيقة الأمر صياغة نظرية الخطأ. وتبقى الإباحة وعدم التزام لسلوك الشخص بها المعيار المرتب للمسؤولية. فإذا ألحق سائق بسيارة الغير أضرارا فإنه يسأل عن ذلك دون حاجة إلى إثبات التقصير، كما أن المساس بالحرمة الجسدية يحقق هو الآخر المسؤولية لأنه في حد ذاته عمل غير مشروع. وبالإضافة لذلك فقد سلب الطابع الموضوعي للخطأ نظرية التبعة فوائدها وجرّدها منها، وتحسن مركز المتضرر من جرّاء ذلك[57]. ولكن ذلك لم يؤدّ إلى الرضاء بتلك النظرية كأساس عام للمسؤولية. ويشهد على هذا ظهور نظرية الضمان لستارك التي حاولت تجديد أسس المسؤولية. وبعد دراسة مستفيضة لأنظمة القانون المقارن، ذهبت شامبس إلى تقديم أصول نظريتها لتقوم على المسلمات تلزم كل مستغل Exploitant لنشاط به خطورة خاصة Spécifiquement dangereux بأن يعوّض عن كل ضرر مرتبط بتحقيق الخطر الذي يحيط بذلك النشاط، حتى وإن كان ذلك مرخصا فيه قانونا. ويعدّ خطرا متميزا risque caractérisé كل خطر له إمكانية هامة grande potentialité تؤدي إلى إحداث ضرر جسيم de grave intensité رغما عن الحزم المعقول لصاحب النشاط في تجنب الضرر. وتقدر إمكانية حدوث الضرر probabilité وجسامة الضرر intensité وفق معيار موضوعي مجرد.

ويعد النشاط نشاطا خطيرا متميزا إذا كان بطبيعته أو بتجهيزاته أو بأدواته، أو بالطاقة المستخدمة موافقا للخطر المتميز. ويمكن للمشرع أن يضبط قوائم مسهبة لأنشطة يعتبرها ذات خطر مميز.

57 Th. préc.n°40, p.620.



31. وانتقد هذا الأساس لأنه تزيّد عن المسؤولية الشيئية، وعن مضار الجوار، وبإيجاز عن الأحكام التقليدية للمسؤولية. ولكن ميزته تكمن في تجديد الرؤية إلى المسؤولية من خلال التحول النوعي للمخاطر، فبعد أن طغت الرؤية الفردية للمسؤولية من خلال علاقة متضرر بمسؤول، أملت المخاطر الجماعية التمعن في نمو أنشطة خطيرة تسبب الكوارث وتتسم بأبعاد استثنائية. وتبعا لهذا فإن المخاطر الحديثة ولدت قسرا أضرار جماعية[58]، تضع المسؤول أمام عدد مهول من المتضررين. ولم تكن هذه الصورة هي التي طبعت أحكام المسؤولية التقليدية. ولما كانت بعض المضار الكارثية تحت نظام خاص للكوارث النووية أو البيئية أو البحرية، فإن المسؤولية المدنية ملزمة بأن تطمح إلى النظر لهذه المظاهر الجماعية لتتجدد في أحكامها وتنسجم مع أنظمة التعويض الخاصة. وتنفض بهذا أحكام المسؤولية الغبار عن قواعد أنهكتها تجاعيد الزمن، لتندمج مع خاصيات الأضرار الصناعية التقنية الحديثة، دون أن تخل بقواعد التعويض الكامل. ولا يحق لصاحب النشاط الخطير التفصي بالقوة القاهرة أو بفعل الغير، ولن يجد سبيلا إلى ذلك إلا بخطإ المتضرر. ويبدو هذا الأساس مجددا لأحكام المسؤولية من حيث أنه يوفر للمتضرر نظاما حمائيا ومن أنه يبعث على التنبه إلى ضمان أوسع وتأمين جدي.

أما نظام هذا المبدأ العام فيؤدي إلى تعويض حتمي إذا كان الضرر مرتبطا بالخطر المحدث ولا حقا بالسلامة البدنية أو النفسية للغير، ولا تعويض عن الضرر اللاحق بالأموال إلا عند إحداثه أضرارا جسدية. ويعدّ مستغل كل نشاط مسؤولا عن الغير الذين يدخلون في استغلال النشاط، ولا يتفصّى إلا بأسباب التحلل المتعلقة بالنشاط. ويعتبر الضرر في ارتباط مع النشاط إذا

58 A. Guéguan-Lécuyer, Dommages de masse et responsabilité civile, Préface Jourdain, Avant propos G.Viney, L.G.D.J, 2006.

رجحت العلاقة بينهما. ويتحمل صاحبه عبء إثبات الأمر العكسي وفقدان تلك العلاقة، ويلزم بتأمينه، فيتحمل قطاع التأمين التعويض، أو يتحمل ذلك صندوق ضمان خاص.

والواقع أن هذه النظرية بلورت انكباب المسؤولية على المخاطر الحقيقية التي تلوح بها الأنشطة الخطيرة، ومواكبة التشاريع الحديثة بتنظيم الظاهرة، إلى درجة أن مشروع تنقيح المجلة الفرنسية سعيا منه باللحاق بالقوانين الأوروبية جعل منها فعلا ضارا مستحدثا[59].

وترمي هذه النظرية إلى إرساء مبدإ عام في المسؤولية يعزّز جانب المتضرّر ويتجاوز مسلمات نظرية التبعة. ولكنها لم تسلم رغم تماسكها من النقد . فهي لا تعفي من اتخاذ قوانين تنظم الحوادث[60]. فهل ترقى الأحكام العامة إلى تقديم إطار متماسك يزاوج بين النظرية العامة و ما آلت إليه بعض الأضرار الجماعية؟

---

[59] A. Guéguan-Lécuyer, Vers un nouveau fait générateur de responsabilité civile : les activités dangereuses (commentaire de l'article 1362 de l'Avant-projet Catala). Mélanges Viney, LGDJ, 2008, p. 499. L'article 1362 : Sans préjudice de dispositions spéciales, l'exploitant d'une activité anormalement dangereuse, même licite, est tenu de réparer le dommage consécutif à cette activité. Est réputée anormalement dangereuse l'activité qui crée un risque de dommages graves pouvant affecter un grand nombre de personnes simultanément. L'exploitant ne peut s'exonérer qu'en établissant l'existence d'une faute de la victime dans les conditions prévues aux articles 1349 à 1351-1.

[60] Ph. Le Tourneau, et alii, Droit de la responsabilité civile, et des contrats, n°89, p. 90.



### ج ـ أسس المسؤولية في القانون التونسي

قواعد المسؤولية التقصيرية وأحكامها تعرضت لها المجلة من الفصول 81 إلى115 من م إ ع . وسوف ندرس الأسس من خلال النصوص(1)، ثم من خلال فقه القضاء(2)

#### 1 ـ من خلال النصوص

**32**. تمزج النصوص بين قواعد ذاتية وقواعد موضوعية. وقد تأثرت بموارد مادية مختلفة مثل المجلات الألمانية والفرنسية والسويسرية، وكذلك بالفقه الإسلامي، وفقه القضاء الفرنسي المزامن لها. و لم تخرج في نمط تقنينها عن الموارد التي استقت منها مجمل أحكامها.

وقد تطرقت إلى المسؤولية عن الفعل الشخصي في الفصلين 82 و83 م ا ع، وإلى المسؤولية عن فعل الأشياء في الفصل 96 م إ ع، وإلى المسؤولية عن فعل الحيوان في الفصلين 94 و95 م إ ع، وإلى المسؤولية عن فعل البناء في الفصل 97 م إ ع، وتطرقت كذلك إلى مضار الجوار في الفصلين 99 و100 من م إ ع.

**33**. ميزة مجلة الالتزامات والعقود أنها لم تتعرض في البداية إلى المسؤولية عن فعل الغير في كل تطبيقاتها. وإلى حد هذا اليوم، لم تتعرض إلى مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه. وبقيت هذه المسؤولية من أنظار مجلة الطرقات الحديثة في الفصل 117. ومن ميزة مجلة الالتزامات والعقود أنها تضع في الفصل 245 المسؤولية عن فعل الغير في المجال التعاقدي.

**34**. وشهدت مجلة الالتزامات والعقود منذ صدورها بعض التنقيحات، أولها تنقيح 17 سبتمبر 1937، الذي أضاف لها الفصل 93 م إ ع الذي تعرض بمقتضى هذا التنقيح إلى مسؤولية الوالدين عن أبنائها القصر وأرباب الصنائع عن فعل المتدربين ومسؤولية المعلمين عن فعل التلاميذ. وتزامن هذا التنقيح مع ما شهده الظهير المغربي في 22 سبتمبر 1929، الذي أضاف في الفصل 85 من ذلك الظهير مسؤولية المتبوع عن فعل التابع . ثم كان تنقيح جويلية 1937 لنفس الظهير مناسبة لإضافة مسؤولية المعلمين عن فعل تلاميذهم[61].

وقد رشد قانون 12 جويلية 1993 القاصرة بزواجها. وأصبح سن الرشد مقترنا بمضي الثامنة عشرة من عمر الانسان بمقتضى تنقيح الفصل 156 م.ا.ش بقانون 26 جويلية 2010. ويؤثر التنقيحان مباشرة على تطبيق الفصل 93 م إ ع، وكان بإمكان المشرع أن يتفادى الشغور في المجلة والنقصان المرتبط بمسؤولية المتبوع عن فعل تابعه. ولكنه لم يفعل حتى بمقتضى القانون عدد 95 -95 المؤرخ في 9 نوفمبر 1995، والذي نقح الفصل 93 م إ ع، وجعل الوالدين مسؤولين بالتضامن عن فعل الأطفال. وقد دقق هذا التنقيح في الفصل 93 مكرر نوعية الأحكام المتطرقة إلى المسؤولية عن فعل الغير. وبخلاف المسؤولية التقصيرية تحتوي المجلة عن مبدإ عام في المسؤولية التعاقدية عن فعل الغير فصل 245 م إ ع والحال أن المجلة الفرنسية لا تحتوي على حكم مماثل في ذلك.

---

[61] علي الصقلي، مذكرات في القانون المدني الجزء الثاني، المصادر غير الإراديّة للالتزام، كليّة الحقوق بفاس،1984-1985، ص.53.



**35**. القراءة الأولية لهذه النصوص تبين تأثرا واضحا بالنظرية الذاتية وبالخطإ كأساس للمسؤولية، ليس من خلال الفصلين 82 و83 فقط بل كذلك من خلال تنظير للخطإ في الفصلين 104 و105 من المجلة. ولا يخفي هذا التأثير وجود أساس موضوعي هام احتواه الفصل 544 م إ ع الذي أرسى نظرية التبعة وهو من القواعد الكلية التي جاءت بالمجلة العثمانية "الخراج بالضمان أي من له النّما فعليه التوا". وتصبّ بعض القوانين الخاصة في نظرية الضمان من ذلك قانون فواجع الشغل جويلية 1957 وهو يناظر قانون 18 أفريل 1898 الفرنسي من حيث أساسه (نظرية التبعة). وقد جعل التعويض في حوادث الشغل منزوعا عن إثبات الخطإ وعن أي أساس ذاتي، ومكّن الأجير من تعويض آلي. وقد تمّ إلغاء هذا القانون بقانون آخر، استبقى نفس الأساس، وهو قانون 24-1994 المؤرخ في 21 فيفري 1994، الذي غيّر نظام التعويض وصيّر صندوق الضمان الإجتماعي متحمّلا له في فواجع الشغل، بعد أن كان قطاع التأمين هو المسؤول عنها. ويدل مثل هذا القانون على أن النظام التونسي يسير نحو تحميل المجموعة الوطنية مسألة التعويض.

**36**. ومع نظرية التبعة، تتطرق المجلة إلى مصطلح الضمان وكذلك إلى مصطلح العهدة. وهما مصطلحان مأخوذان عن الفقه الإسلامي، ويقومان على مسؤولية موضوعية، ويؤشران على وجود نظام موضوعي للمسؤولية، رغما عن أن مدلول كلمة الضمان لا يتطابق مع ما ذهبت إليه نظرية Starck. وقد لا تكون هذه النظرية بعيدة عن أسس النظام التونسي للمسؤولية. فقد ركز القانون التونسي قطاع التأمين بالأمر عدد 80 لسنة 1961 المؤرخ في 30 جانفي 1961، وهو نص أخذ بالأمر المؤرخ في 16 ماي 1931 الذي كان أخذ بدوره بمضمون القانون الفرنسي للتأمين المؤرخ في 16

جويلية 1930. ثم إن المشرع التونسي أنشأ صندوق ضمان ضحايا حوادث السير FGA لتعويض الأضرار عن حوادث المرور، كلما فقد المسؤول المتحمل لواجب التعويض عن ضرر الضحية. وهذا مؤشر على قبول نظرية الضمان. ثمّ صدرت مجلة التأمين Code des assurances بمقتضى القانون عدد24–1992 المؤرخ في 9 مارس 1992، ودخلت حيز النفاذ في 1 جانفي 1993، ونقحت في 31 ماي 1994 بإضافة باب يتعلق بالمسؤولية في ميدان البناء والتأمين عنها. كما نقحت مجددا في 15 أوت 2005[62] ضابطة نظاما جديدا للتعويض عن حوادث المرور.

**36 مكرر.** وأقحم القانون التونسي دعاوى خاصة في المسؤولية، مبناها أحكام الفصل 337 م ح ع، التي ترتب التعويض عن الضرر اللاحق بصاحب الحق عندما يتم تسجيله خطأ لفائدة الغير. هي مسؤولية مصدرها القانون، ولا نجد لها نظيرا في القوانين المقارنة. وقد اعتبرتها محكمة التعقيب مسؤولية تقصيرية[63] تنطبق عليها أحكام الفصل 115 م ا ع وفقا لهذا الاتجاه، يعارضه اتجاه آخر يرى أن هذه الدعوى مستقلة بذاتها، تتعلق بتعمير الذمة[64].

[62] بمقتضى القانون عدد 2005-86 المؤرخ في 15 أوت 2005، الذي اضاف عنوانا خامسا في مجلة التامين، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 23، ص. 2182.

[63] تعقيبي مدني عدد 43790 مؤرخ في 15 مارس 2011، غير منشور.

[64] تعقيبي مدني عدد 7413 مؤرخ في 16 ديسمبر 2004، غير منشور: " وحيث ومتى سلمنا بهذه فان اجل احتساب التقادم يظل مفتوحا طالما لم يقع الاعلام بالحكم الصادر بالرفض بالصورة المخصوصة وبالتالي لا يصح اعتماد تاريخ صدور هذا الحكم منطلقا لحساب امد السقوط وذلك خلافا لما جاء بهذا المطعن.

وحيث فضلا عن ذلك فإن موقع الفصل 115 م ا ع ورد بالكتاب الأول من م ا ع بالمقالة الثانية تحت عنوان في تعمير الذمة بالعقود و ما شاكلها وان عبارة في أسباب تعمير الذمة جاءت عنوانا للمقالة الأولى المتضمنة الفصل الأول للمجلة وهو فصل وحيد لكامل المقالة الأولى وهو تصويب وجبت الإشارة إليه.

وحيث أن اعتماد هندسة المجلة المدنية ومواقع النصوص في التاويل يفضي إلى الانطلاق من الأساس إذ جاء الفصل 115 صلب الكتاب الأول من المجلة بعنوان فيما تعمر به الذمة مطلقا وبه قفل الباب الثالث من المقالة الثانية المتعلقة بالالتزامات الناشئة من الجنح وما ينزل منزلتها والمحصورة عدا ووصفا بالفصول من 82 إلى 114 حال ان الفصل 402 الذي اعتمدته محكمتا



فكيف تفاعل القضاء مع هذا الخضمّ من النصوص؟

## 2 ـ القضاء التونسي

**37.** القضاء له نزعات مختلفة. فنجد فيه شقا ينتمي إلى النزعة الموضوعية[65]، ونجد اتجاها كذلك ينتمي إلى النزعة الذاتية. وما نشهده الآن هو عودة التيار الموضوعي لدى القضاء. وتجلت هذه العودة في تطبيق الفصل 96 من م ا ع القائم على المسؤولية الشيئية خاصة في حوادث المرور قبل تنقيح 15 أوت 2005. وكانت قرارات 1995 قد أقامت هذا الفصل على الضمان. وبغضّ النظر عن إعادة هذا المصطلح إلى نظرية Starck أو إلى الفقه الإسلامي، فإن الدوائر المجتمعة اهتمت بالتعويض والضرر دون أن تعير للسلوك أهمية في أحكام المسؤولية الشيئية. وتمادى هذا الاتجاه لدى القضاء الذي أكد تعزيز جانب المتضرر من خلال تمكينه من القيام ضد شركة التأمين أو شركات التأمين بالتضامن للحصول على التعويض، حسب قرار الدوائر المجتمعة 25 جوان 1998[66]. فحسب الأمر عدد 80 لسنة 1961 المؤرخ في 30 جانفي 1961 المتعلق بالتأمين، يجب على الميكانيكي أن يؤمن السيارة التي تكون لديه للإصلاح. وعمليا يتولى أصحاب الورشات والميكانيكي القيام بذلك التأمين، وفي نفس الوقت يكون التأمين على السيارات إجباريا بمقتضى ذلك

الأصل يقع هو الأخر صلب الكتاب الأول من المجلة المقالة السابعة بعنوان في انقضاء الالتزامات والتي من ضمنها الباب السابع بعنوان في سقوط الدعوى بمرور الزمن. وبذلك يتبين من خلال هيكل المجلة أن الفصل 402 اشمل وأكثر اتساعا من مجال انطباق الفصل 115، وقد بدا هذا الفصل متضايقا ينشد الاطلاق من خلال التنصيص بخاتمته على الأجل المذكور بالفصل 402 والمتمثل في 15 سنة.

[65] تعقيبي مدني عدد 36471 مؤرخ في 1992.12.14، ن. ص. 545.

[66] دوائر المجتمعة قرار عدد63406 ، قرارات دوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب 1997/1998، ص.23: فلا شيء في القانون يمنع وجود تضامم أو تكامل بين عدة مسؤولين عن التامين، خاصة و أن قصد المشرع من خلال قوانين التامين هو توفير الضمان الأوفر لضحايا الحوادث وذلك مع بقاء الحق محفوظا في الرجوع بالدرك على من يجب طبق القانون المدني.

القانون. ولكن كثيرا ما يتسبب الميكانيكي الذي يتعهد بإصلاح السيارة في حوادث مرور. وقد دأبت شركة تأمين المالك رفض التعويض بدعوى انه يحمل قانونا على شركة التأمين التي تعاقد معها الميكانيكي. وما يزيد المسألة تعقيدا هو أنه يغيب التأمين لدى صاحب الورشة في عديد الوضعيات وينقضي العقد وفقا للقانون، فتتولى شركة تأمين مالك السيارة إدخال صندوق حوادث السيارات ليتحمل التعويض.

الدوائر المجتمعة عالجت الأمر من زاوية المتضرر. فمكنته من القيام ضد شركة التأمين التي تضمن لمالك السيارة المخاطر والأضرار المتسببة فيها أو ضد شركتي التأمين للمالك ولصاحب الورشة بالتضامن، ولا دخل لصندوق ضمان حوادث السيارات إلا عند فقدان التأمين. وهو موقف محمود من زاوية المتضرر لأن استخلاص التعويض من شركات التأمين أيسر منه إذا ما تولى المتضرر ضد صندوق حوادث السيارات. ولكن الدوائر المجتمعة جعلت بعد ذلك الميكانيكي متحملا للتعويض في قرارات لاحقة[67].

وتجسيما منها للغايات التعويضية في المسؤولية، ركنت محكمة التعقيب بوضوح إلى عدم تجزئة القيام عند تعدد المسؤولين ضد كل واحد منهم على انفراد[68]، لترجح المصلحة الفضلى للمتضرر، وهو مصطلح موظف لحماية الطرف الضعيف، لا يخفي استلهام صيغته من قانون حماية الطفل.

67 قرارات دوائر المجتمعة، قرار عدد 7457 مؤرخ في 24 أكتوبر 2003 ، قرارات دوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب 2003/2002، ص.139. تعقيبي مدني عدد 17690، بتاريخ 28 أكتوبر 2010، صادر عن الدوائر المجتمعة، غير منشور مذكور في الأخبار القانونية مارس 2011، ص.13.

68 تعقيبي مدني عدد 6995 في 16 أكتوبر2006، ن. ص.123. طلب توزيع المسؤولية بين سائقي السيارات المشاركة في الحادث لا وجه له طالما كان أساس القيام الفصل 96 من ا ع. قاعدة التضامن بين المدينين المتحدين في مصدر الضرر يخوّل للمتضرر الدائن توجيه طلب ضد أي منهم اعتبارا لمصلحته الفضلى في اقتضاء دينه على أن يظل حق الملزم بالأداء محفوظا في القيام ضد شركائه في المسؤولية على قدر نسبة مساهمتهم في الضرر. وقد فرقت المحكمة بين التضامن والتضامم في القرار عدد 3981 في 18 ديسمبر 2006، ن. ص. 127. تجزئة المسؤولية الشيئية



المؤشر الحديث على مضي القضاء التونسي في الاتجاه الموضوعي رفضه في قرارات الدوائر المجتمعة تجزئة المسؤولية الشيئية وعدم قبول فعل المتضرر كسبب لذلك، إلا إذا استغرق كل العلاقة السببية واكتسى ميزات القوة القاهرة[69].

**38**. ومع جرأة القضاء في إنشاء نظام موضوعي يقوم على الضمان لم نلاحظ استخلاصا تاما لنتائج تلك المسلمات. ويبقى القضاء متناقضا حول مسألة تقادم دعوى التعويض وحول تطبيق الفصل 115 م إ ع. اقتضى هذا الفصل "يسقط القيام بغرم الخسارة الناشئة عن جنحة أو ما ينزل منزلتها بمضي ثلاثة أعوام من وقت حصول العلم للمعدو عليه بالضرر وبمن تسبب فيه. وعلى كل حال تسقط الدعوى المذكورة بعد انقضاء خمس عشرة سنة من وقت حصول الضرر".

وذهب القضاء في معظمه إلى اعتماد الأجل القصير وانطباق الفصل 115 في فقرته الأولى. ولا يخفي هذا تأثير تقادم الدعوى العمومية على الدعوى المدنية ووحدة الأجلين[70]. ولا يخفي أيضا بقاء الربط بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجزائية. إلا أن القضاء، وبالتخصيص قضاء الأصل في البداية، لم يساير هذا الموكب، واستخلص من تأويل الفصل 96 م إ ع وقيامه على الضمان توسيع أجل القيام، وإقصاء الفصل 115 في فقرته الأولى بل

غير ممكنة إلا انها قد تكون بالتضامم في صورة تعدد المسؤولين. يمكن القضاء بالتضامن إذا كان من ضروريات القضية فهو في صورة تعدد المسؤولين افضل من التضامم لما يترتب عنه من إمكانية الرجوع من المدينين فيما بينهم إذا ما نفذ الحكم على المليء خلافا للتضامم الذي لا يسمح بذلك. وللأسف يبقى القضاء ارقى موقفا من تنقيح أحكام حوادث المرور في قانون 15 أوت 2005. ففي صورة عدم إمكانية تحديد المسؤولية تحمل أنصافا على المسؤولين.

69 قرارات الدوائر المجتمعة عدد 1751 وعدد 4210 مؤرخان في 30 ماي 2002.، م.ت.ق. 2004، ص. 267، تعليق م. الغزواني.

70 رغما عن صدور مجلة الإجراءات الجزائية متأخرة عن مجلة الإلتزامات والعقود.

الفصل برمته، لأنه مبوّب في أحكام المسؤولية التقصيرية، وهو مقترن إذن بالخطأ وبالنظرة التقليدية للمسؤولية، تلك النظرة التي عفا عنها الزمان في تطبيق الفصل 96 م إ ع. وكان الفصل 402 م إ ع هو السند الجديد لتقادم الدعوى والأوفى لسندها الموضوعي. وينص أن الأجل هو أجل خمسة عشرة عاما. والعلة في الركون إليه أنه يرتبط مع أحكام تعمير الذمة. فالضمان خارج عن آجال التقادم الخاص بالمسؤولية التقصيرية لأنه يجعل المسؤول ومن يحل محله مدينا لذمة المتضرر.

ولم تساير الدوائر المجتمعة[71] هذا الموقف لتؤكد أن "الحق في التعويض عن الفعل الضار ينشأ من تاريخ وقوع ذلك الفعل ويكون من أثر الحكم الذي قد يصدر في الواقعة سريان تقادم جديد لمدة ثلاث سنوات من تاريخ صدوره. "وحيث أن محكمة الحكم المنتقد لما قضت بخلاف ذلك وانتهت إلى أن دعوى التعويض عن الضرر المستندة كحكم جزائي باتت تخضع في تقادمها للمدة الطويلة التي نص عليها الفصل 402 م إ ع، تكون قد أساءت تأويل أحكام الفصل 115 م إ ع، واتجه لذلك تعرض حكمها للنقض والتصدي." ويعتبر هذا الموقف تراجعا عمّا أنشأته الدوائر المجتمعة من أحكام شيدت في الفصل 96 م إ ع على صرح "الضمان"، لأنه عمليا يؤدّي إلى تقليص المدة في الحصول على التعويض في حين أن تلك النظرية تؤدي حتما إلى توفير حظ كامل في ذلك خاصة لتعلقه بالحرمة الجسدية دون أن يقتصر الأمر عليها فقط.

ويمكن تبعا لذلك فهم التصدي لموقف الدوائر المجتمعة من قضاء الأصل، وأيضا من دوائر محكمة التعقيب. فقد رأت إحداها أن "أساس القيام في قضية الحال هو الفصل 96 م إ ع المكرس للمسؤولية الشيئية المبنيّة على

[71] الدوائر المجتمعة عدد 10352 في 23 أكتوبر 2003، غير منشور.



الحفظ والضمان وليس على الخطأ الذي هو أساس المسؤولية المبنيّة على الجنح أو شبه الجنح الواردة بالفصلين 82 و83 من م إ ع "[72].

ويقوم هذا التصدي على أحكام نظرية عميقة تستند إلى مصطلحات دقيقة مثل دعوى الضمان، ومع إعمال التفسير والاستنباط والقياس. ولا نخفي استحسانا لذلك. فهو موقف يساير النفس العلمي الذي هبّ على أحكام المسؤولية لاسيّما الشيئية منها، وبعث فيها انتعاشة محمودة من حيث الأصول ووقعها على المتضررين. ولم يعمر هذا النهج طويلا لدى محكمة التعقيب، لما دعيت بدوائرها المجتمعة للنظر مجددا في آجال سقوط دعوى المسؤولية بالتقادم[73]، فلم تجار انفصال الآجال وانفراد الفصل 402 م ا ع بها إن تأسست على الفصل 96 م ا ع أو تعلقها بأمد طويل حدده الفصل 115 في فقرته الثانية بخمسة عشر عاما. ذلك أن" التقادم قرينة قانونية قاطعة ينقضي الالتزام بمجرد قيامها، ولذلك لم يربط المشرع الآجال المحددة لحصوله بنوع الدعوى التي تسقط بمضيها وإنما ربطها بمصدر الالتزام ذاته فإن كان مصدر الالتزام الإرادة (عقد أو شبه عقد) انقضى بالالتزام بالمدة المحددة بالفصل 402 وغيره من م ا ع، أو بأي نص قانوني آخر يتعلق بالالتزامات الإرادية أو شبهها، وإن كان مصدر الالتزام فعلا ضارا (جنحة أو شبه جنحة) انقضى الالتزام بأحد

[72] تعقيبي مدني عدد 5428 في 25 جانفي 2005 غير منشور. "وحيث أنه تبعا لما ذكر فإن أجل سقوط الدعوى المدنية الوارد صلب الفصل 115 من م إ ع لا يخص الدعوى المضمنة بالفصل 96 المذكور التي تسقط بمضي أجل السقوط العام الوارد صلب الفصل 402 من م إ ع أي خمسة عشر عاما. وحيث ان محكمة القرار المنتقد قد أصابت عندما اعتبرت أن دعوى الضمان لم تسقط وقضت بالتعويضات وكان قضاؤها سليما قانونيا وغير خارق لأحكام الفصلين 115 و532 من م إ ع مما يتجه رد هذا المطعن لعدم وجاهته". وقد تمادى هذا الاتجاه لدى بعض دوائر محكمة التعقيب، في قرارات حديثة، استندت في التقادم على الفصل 402 م ا ع. تعقيبي مدني عدد 38689، في 24 جوان 2010، غير منشور:" حيث إن القيام كان على أساس المسؤولية الشيئية، وهي مسؤولية موضوعية لا تستند إلى الجنحة أو شبه الجنحة مما يجعل أجل سقوط الحق هو الأجل الطويل الذي حدده الفصل 402 من مجلة الالتزامات والعقود".

[73] قرارات دوائر المجتمعة قرار عدد 5603 مؤرخ في 26 أكتوبر 2006، قرارات دوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب 2006، ص. 185.

الأجلين المنصوص عليهما بالفصل 115 من م ا ع أو بأي أجل آخر يحدده القانون لانقضاء الالتزامات القانونية".

**39.** وهو يساير كذلك الاتجاهات الحديثة في القانون المقارن حول تقادم الدعوى[74]. فعلى سبيل الذكر انتهى القضاء الفرنسي إلى التخلي عن وحدة أجلي التقادم للدعوى العامة ودعوى التعويض، بعد أن بادر القضاء الفرنسي بإرساء هذا الموقف في المسؤولية الشيئية[75]. ثم انتهى القانون الفرنسي إلى تنقيح مجلة الإجراءات الجزائية لينص على أن الدعوى المدنية تسقط بالتقادم وفق أحكام المجلة المدنية. ورغما عن ذلك فلا يمكن إثارتها أمام المحاكم الجزائية بعد انقضاء أجل تقادم الدعوى العامة[76]. ويعد هذا "تقدما" لأن المتضرر يتمتع بأجل تضبطه المجلة المدنية، بغض النظر عن سبب ضرره جزائيا كان أم مدنيا[77].

ولكن القانون التونسي نصا وقضاء لا يواكب التوجه المعاصر في القانون المقارن[78]، نحو اعتماد أجل قصير للتقادم[79]، وأجل موحد للدعاوى

74 M. Bruschi, La prescription en droit de la responsabilité civile, Economica 1997, Préface, A. Sériaux.

75 Viney, Introduction, n°129, p.304.

76 Article 10 CPP : L'action civile se prescrit selon les règles du code civil. Toutefois, cette action ne peut plus être engagée devant la juridiction répressive après l'expiration du délai de prescription de l'action publique.

77 Viney, Introduction, 2ème éd, n°130, p. 231.s. Autrement dit, la prescription de l'action en responsabilité est en principe soumise exactement aux mêmes règles, que la cause du dommage soit ou non une infraction.

78 Cristina Corgas-Bernard, La loi du 17 juin 2008 et le droit de la réparation du dommage corprorel, in La réforme de la prescription en matière civile, Le chaos enfin régulé ? Sous la direction de Ph. Casson et Ph. Pierre, Institut de l'Ouest Droit et Europe, Dalloz,2010, p.93s.

79 القانون البلجيكي ضبط أجل 10 سنوات للتقادم في المادة التعاقدية و5سنوات في المادة التقصيرية. اما القانون الأمريكي، فتتراوح أجال تقادم دعوى التعويض عن الأضرار البدنية بين عام و ستة أعوام حسب الولايات. وفي القانون الألماني والقانون الأنجليزي ومبادئ توحيد قانون العقد الأوروبي، فالأجل يساوي ثلاثة أعوام.



التقصيرية أو التعاقدية، مع تخصيص الأضرار البدنية بنص خاص[80]. فآجال التقادم في المجلة مشتتة بين التي تخص دعاوى المسؤولية التعاقدية والتقصيرية، ولم تلتف حول أجل واحد.

**40.** أمّا الظهير المغربي المستنسخ من مجلة الالتزامات والعقود، فقد نقح منذ 17 نوفمبر 1960 الفصل 106 ظ اع ومدّد في آجال التقادم. فأصبح الفصل ينص على ما يلي: "إن دعوى التعويض من جراء جريمة أوشبه جريمة تتقادم بمضي خمس سنوات من الوقت الذي بلغ فيه إلى علم الفريق المتضرر الضرر وبمن تسبب فيه. وتتقادم في جميع الأحوال بمضيّ عشرين سنة وقت حصول الضرر". وقد ألغى بذلك وحدة التقادم للدعويين العمومية و المدنية لاختلاف الأجلين المحددين من الفصل 106 ظ.م بالنسبة للأولى ومن الفصل 4 من المسطرة الجنائية [81].

ولا حاجة إلى تنقيح تشريعي في هذه المسألة إذا استوت مواقف القضاء التونسي واعتمدت على خصوصية دعوى الضمان المقامة على الفصل 96 م ا ع.

B. François, La prescription extinctive en droit américain et en droit français, D. 2008, 2543. ; F. Limbach, La prescription extinctive en droit allemand, D. 2008, 2535. ; Fauvarque-Cosson, aspects de droit comparé de la prescription, in les désordres de la prescription, P.U Rouen, 2000, p. 45s., cité par Cristina Corgas-Bernard, art. préc. p. 94.

80 بمقتضى تنقيح 17 جوان 2008، أصبح الفصل 2226 من المجلة المدنية الفرنسية خاصا بتقادم الدعوى المتعلقة بالتعويض عن الأضرار البدنية، سواء كانت تقصيرية أو تعاقدية، وقد ضبطها بأجل 10 سنوات. ويستثنى عن هذا المبدإ الدعاوى المتعلقة بالأضرار المترتبة عن التعذيب أو الجرائم الهمجية أو الاعتداءات الجنسية ضد القصر، فتتقادم بأجل 20 عاما.

81 الصقلي، المصدر، سابق الذكر، ص.47.

## الفقرة الثالثة : آفاق المسؤولية المدنية

**41.** ظهر خطاب جديد في قانون المسؤولية استمد مادته من ظهور أضرار جماعية ساعدت عولمة الاقتصاد على إمكانية انتشارها. وانطلاقا من واقعها الجديد (أ)، برزت محاولات استشرافية لوظائف المسؤولية المدنية(ب).

### أ ــ الواقع الجديد للمسؤولية المدنية

**42.** ما يلاحظ في بداية القرن 21 وامتدادا للقرن 20 أن أسس المسؤولية تأثرت بمعاهدات دولية أو إقليمية مثل التوجهات الأوروبية وغيرت من بعض الأسس بأن أضافت إليها نظريات ساعدت عولمة الاقتصاد على قيامها. فقد طفا مبدأ "الحيطة"[82] ومبدأ تبيّن "مصدر المنتوج"، كأساسين للمسؤولية[83]. مبدأ الحيطة يقوم على سلوك وقائي يحتم معالجة مخاطر غيرثابتة ولا تنفيها العلوم نفيا جازما، وقد تحقق أضرارا جسيمة ونهائية، لا رجعة فيها. وهو يضمن السلامة، ويكون مثل المصفاة التي تمنع تفاقم ضرر لا يجزم العلم ولا يقصيه مطلقا. وقد تم قبول هذا المبدأ في معاهدات دولية وكذلك في قوانين داخلية. وهو يختلف نظريا عن الاحتياط الذي يلزم باتخاذ تدابير أساسية تجنبا لأضرار متوقعة ويرتبط حدوثها سببيا مع إهمال تلك التدابير[84].

82 Le principe de précaution,v. infra.

83 Le principe de traçabilité,v. infra.

84 يشكك بعض الفقهاء في هذه التفرقة و يرون أن معارضة الحيطة والاحتياط مبالغ فيها و غير وجيهة. فمبدأ الحيطة ليس سوى تجديد لواجب الاحتياط. ونظرا لأبعاد المخاطرالكونية والإقليمية، فإن تطبيق واجب الحيطة يتجاوز سلطة القاضي المدني ودوره في فض النزاعات الخاصة، ليبقى ذلك المبدأ من أنظار السلط العامة والإدارية.

S. Grayot, Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages,Thèse, L.G.D.J, 2009, préface G. Viney, n°465, p.424.s.



**43.** كما أن واجب الوقوف على مصدر كل بضاعة[85] هو أيضا من المبادئ التي تم القبول بها في المسؤولية. فأصبح من حق كل مستهلك التعرف عن مصدر البضاعة ومسالك توزيعها. وهو يرتبط من هذه الناحية مع مبدأ الحيطة. وأرساه المشرع التونسي في الفصل 4 من قانون 17 أفريل 2001 المتعلق بعلامات الصنع، وفي القانون عدد 57-99 المؤرخ في 29 جوان 1999 المتعلق بالتسميات المثبتة لأصل المنتجات الفلاحية وبيان مصدرها.

وقد طبقه مجلس الدولة الفرنسي في 28 ديسمبر 1999[86]. في هذا القرار منع التداول بكميات من الأسماك تم اصطيادها في مياه نهرية عذبة وذلك لعدم ذكر مصدرها، فتعذرت معرفة ما إذا كانت تلك المياه ملوثة بفعل النفايات الملقاة فيها من منشآت كيمياوية وما لذلك من تأثير لنوعية تلك الأسماك. ومنع القضاء الفرنسي تطبيقا لمبدأ الحيطة ترويج الذرة التي تم تغيير تركيبتها الجينية ، لأن واجب الحيطة يفرض ذلك. فرغما عن أن الحقائق العلمية أكدت خلوها من أية مضاعفة، فإن بعض العلماء الآخرين لم يجزموا بذلك، وحققوا على سبيل ظن لا يرتقي لليقين، أن نوعية هذه المنتوجات قد تسبب مناعة مخيفة لبعض الجراثيم ضد بعض المضادات الحية، فتسبب زراعتها في ظهور نوع خطير من الجراثيم. وقد تسبب لدى الإنسان نفس الظاهرة فلا يمكن إسعافه بتلك المضادات الحية لفقدانها فاعليتها.

85 Le principe de traçabilité. Traçabilité et responsabilité, sous la direction de Philippe Pedrot, Economica, 2003. La Traçabilité, Dossier, Droit et patrimoine, n°93,mai 2001. «*La traçabilité au sens large permet de repérer l'origine des circuits de production et de distribution mais également les comportements humains les plus coupables et les plus innocents afin de faire le profil qui sera exploité ou sanctionné par d'autres*». Marc Bruschi, propos introductifs, Dossier préc.p.57.

86 C.E. 28 décembre1999. D.2000, IR, p.26.

أصبحت هذه المبادئ الجديدة وجاء يحمي سلامة الأشخاص ويقوم بدور الحاجز لإقصاء المنتوجات المضرة ومعرفة المخاطر التي تحملها بمعرفة مصدرها. فكثيرة هي اللحوم والمشروبات التي اشتهرت باختلاطها بالديوكسين وإمكانية تسببها في تورمات سرطانية، أضف إلى ذلك ما أصاب كمّا هائلا منها بإشعاعات نووية، بسبب انفجارات مفاعلات ذرية في مناطق عدة.

## ب ــ الآفـــــــاق

44. المسؤولية المدنية انفصلت عن المسؤولية الجزائية، واتجهت نحو التعويض، متخلصة نسبيا من أساس الخطأ الذاتي، ومحققة لتلك الغاية بأسس أخرى. واتجهت أيضا نحو إنهاء الفعل غير المشروع، وتساءل الفقهاء حول هذا الارتباط[87]، ليجزم بعضهم بأنه من وظائف المسؤولية ومقاصدها[88]. والواقع أن عديد الدعاوى ترمي إلى إيقاف سلوك غير مشروع، مثل الحجز العيني الوارد بالفصل 86 من قانون 24 أوت 2000 المتعلق ببراءة الاختراع، أو جزاء سحب التصاميم واتلافها الوارد بالفصل 36 من القانون المؤرخ في 6 فيفري 2001 المتعلق بحماية التصميمات الشكلية للدوائر المتكاملة، وأيضا ما جاء في الفصل 61 من قانون 17 أفريل 2001 المتعلق بحماية علامات الصنع والتجارة والخدمات، الذي يمكن من إتلاف البضائع المقلدة أو استثنائها من الترويج. وتتمادى الأمثلة إلى قانون المنافسة ومضار الجوار وحماية

87 G.Viney, Cessation de l'illicite et responsabilité civile, Mélanges G. Goubeaux, Dalloz LGDJ. 2009, p. 547.

88 C. Bloch, La cessation de l'illicite, Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle, Dalloz, préf. R. Bout, avant-propos Ph. LeTourneau, 2008.



المحيط بواسطة غلق المحلات الملوثة، وغيرها من فروع القانون[89]. ويتلاقى هذا الجزاء مع التعويض العيني. إلا أن التعويض يقتضي حسب الرؤية الضيقة الاقتصار على الأضرار الحاصلة يوم التداعي، وهي رؤية عفا عنها الزمان[90].

فهل يرتبط إنهاء الفعل غير المشروع بوظيفة المسؤولية المدنية؟ هو يرتبط ضرورة بدورها الوقائي[91]. ويبسط الجواب جدلا إضافيا، لمعرفة ما إن كانت المضرة تعني الضرر الذي يرتب المسؤولية، وما إن كان مدلول ما هو غير مشروع مرادفا للفعل الضار[92]. ولم تبق المسؤولية المدنية رهينة الدور التعويضي المحض، الذي تعاضد مع دور استشرافي وقائي.

وفعلا، وأمام الكوارث الحالية، المشفوعة بالاضطراب الذي عصف بتوازن المحيط، والقلق البادي حول مستقبل الإنسان ومحيطه، أكد بعض الفقهاء على أن المسؤولية المدنية يجب أن تنتقل في زمن ثالث إلى وظيفة وقائية، فتقوم على أساس وقائي[93] واستباقي في تجنب الأضرار[94]. فالوعي

89 تتعدد الدعاوى الاستعجالية التي ترمي إلى إيقاف فعل غير مشروع تجنبا لوقوع آثار مستقبلية. ويضبط الفصل 809 من مجلة الاجراءات المدنية أحكام الدعوى الاستعجالية لإيقاف الفعل غير المشروع.

90 Viney, op. cit, p. 557.; M. Boutonnet, Bilan et avenir du principe de précaution en doit de la responsabilité civile, D. 2010, p. 2662, sp.2669, et les références.

91 Viney, op. cit. p. 549.

92 Viney, op. cit. p. 556.

93 ويضطلع مبدأ الحيطة بدور جوهري في ذلك. فهو يجنب كل خطر حتى وإن لم يتجسم في مضار أو ضرر.

C.Thiebierge, Préface à la thèse de M. Boutonnet, Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, p. 6: «Le principe de précaution permet d'éviter un risque, non encore nécessairement manifesté en un trouble, et encore moins réalisé en un dommage».

94 A. Schneider, Le principe de la responsabilité et les notions de droit et de devoir: pour une responsabilité de l'anticipation, Doctrine, G.P., 16, 17 mai 2008, p. 1327.s, sp. n°9: … La notion de devoir intègre

باحتمال تجسمها في المستقبل يقابله واجب في تصور استباقي لنتائج كل سلوك يجر إليها[95]. وكان الإقرار بتنوع المخاطر وتعددها[96]، دافعا إلى تأصيل تصوّر جديد لدور مستحدث للمسؤولية، يقوم على درئها قبل حدوثها[97]، فتخرج عن فرع القانون المدني لتجمع القانون العام والقانون الدولي. وتحولت وظيفتها من جملة قواعد تقدر الفعل وتحكم عليه، إلى نظام يحث على توخي الحزم واليقظة في اتقاء الأضرار، مستبقة حدوث ما لا تحمد عقباه، ومتداركة المخاطر منذ الآن... قبل فوات الأوان[98].

الالتزام بالوقاية هو الوظيفة الحديثة للمسؤولية قبل أن تنخرم عديد التوازنات البيئية[99]. ولكن اتجاها فقهيا آخر لا يقبل بالوظيفة الوقائية لسبب بسيط، وهو أنه لا يعقل أن ترتب مسؤولية مدنية بدون وجود ضرر. والضرر من أركان المسؤولية، فلا تقوم بدونه[100].

---

l'anticipation dans la responsabilité. Cette notion responsabilise avant de rendre responsable.

95 Op.cit, n° 18 : La notion de devoir responsabilise l'individu en intégrant dans la responsabilité l'anticipation des conséquences de ses actes. Autrement exprimé, le principe de la responsabilité contient une responsabilité de l'anticipation.

96 Godé, Le droit de l'avenir, (un droit en devenir), in Mélanges en l'honneur de F. Terré, l'avenir du droit, Dalloz, 1999, p. 61.

97 M. Boutonnet, Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, préface C.Thiebierge, L.G.D.J. 2005, n°33, p.18.

98 M. Fabre-Magnan, op. cit.17, p.53 : «*...d'un jugement de l'action, la responsabilité se transforme en un jugement des diligences faites pour prévenir le dommage*».

99 C.Thiebierge, Avenir de la responsabilité: les trois temps, D.2004, Chr., p.577 ; égalt, Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile ?) R.T.D. Civ.1999, p.561. Y.Lambert-Faivre, L'éthique de la responsabilité, R.T.D.Civ.1998.p.1.

100 P. Jourdain, « *Principe de précaution et responsabilité civile* », P. A. 30 nov. 2000, n° 239, p. 51 ; Ph. Brun, responsabilité civile extracontractuelle, n°16, p.11 ; n°166, p.102. Sur le débat, Boutonnet, th. n°9.



## القسم الثاني: مفهوم المسؤولية المدنية

بعد أن افترق نطاق المسؤولية القانونية عن نطاق المسؤولية الأخلاقية، أصبح الجزاء والتعويض منظمين للمسؤولية القانونية، وهي تعني المسؤولية الجزائية والمسؤولية المدنية **(فقرة أولى)**. أمّا المسؤولية المدنية فتتفرع إلى مسؤولية تعاقدية وإلى مسؤولية تقصيرية **(فقرة ثانية)**. ولا مناص من الخوض في مقارنة بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الإدارية **(فقرة ثالثة)**.

### الفقرة الأولى: المسؤولية المدنية والمسؤولية الجزائية

يقتضي عرض العلاقة بينهما الحديث عن أساس التفرقة بينهما (أ) وعن المسائل التي تطرح عندما تقومان معا عن فعل واحد (ب).

#### أ ــ أساس التفرقة بين المسؤوليتين

45. المسؤولية الجزائية تترتب عندما يتضرر المجتمع بسبب اعتداء شخص على قيمة محميّة قانونا. أمّا المسؤولية المدنية فتقوم عندما يتضرر إنسان ضررا شخصيا. هذا الفرق الجوهري يبرز عدة نطاق اختلاف أخرى. فمن حيث الغاية تحمي المسؤولية المدنية مصلحة الفرد، أمّا الجزائية فتحمي مصلحة المجتمع. ومن حيث الجزاء يكون الجزاء في المسؤولية الجزائية عقابا يسلط على مقترف الجريمة وتستند إلى مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات. أمّا المسؤولية المدنية فإنها تصرف تعويضا للمتضرر لقاء ضرره الشخصي réparation, dommages et intérêts.

المسؤولية المدنية تقوم عندما يتضرر شخص بسبب فعل غير مشروع أو فعل ضار fait dommageable. ولا تقوى قائمة على ضبط الضار بشكل مسهب ونهائي.

أمّا الفعل الذي يرتب المسؤولية الجزائية (الفعل المجرم) فهو خاضع لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات. وهناك فرق آخر يقوم على التأمين، فهو في المادة الجزائية غير معقول، وباطل قانونا. فمجلة التأمين لا تغطي التعويض عن الجرائم القصديّة وفقا للفصل 4 منها في فقرته الثانية ، في حين أن التأمين يرتبط بالمسؤولية المدنية ارتباطا وثيقا. وهو إجباري في قطاع النقل وكذلك بالنسبة لمالكي العربات ذات المحرك، عملا بالفصل 110 م. ت. ويتحمل هذا القطاع دفع التعويض عن المتضرر وفقا للقانون.

الدعوى العمومية L'action publique من خصائص النيابة وفقا للفصل الثاني من م إ ج، ويمكن كذلك للمتضرر أن يثيرها وفقا لقانون الإجراءات الجزائية. أمّا الدعوى المدنية فيثيرها كل من وفر شروط الصفة والمصلحة والأهلية وفقا للفصل 19 من م م م ت. ويوجد فرق آخر يهم الانقراض؛ ويختلف الانقراض في الدعوى العمومية عن الدعوى المدنية. وقد ضبط الفصل 4 من م إ ج أسبابه. في حين أن أسباب انقراض الدعوى المدنية تختلف عنها. وقد ضبطت ذلك أحكام الفصل 339 م إ ع. إلا أن الفصل 8 م إ ج ينص على أن "الدعوى المدنية تسقط بنفس الشروط والآجال المقررة للدعوى العمومية الناتجة عن الجريمة التي تولد عنها الضرر".

### ب ـ قيام المسؤولية المدنية والمسؤولية الجزائية عن فعل واحد

**46.** عندما يصدم سائق مترجلا ويلحق به أضرارا بدنية فإنه يصبح مسؤولا جزائيا وفق أحكام الجرح على وجه الخطأ. وهو في نفس الوقت مسؤول من الناحية المدنية بسبب الأضرار التي لحقت بالمترجل. وإذا احتوى مقال صحفي ثلبا لشخص معين، أصبح عرضة للتتبعات الجزائية وفق أحكام



مجلة الصحافة، ويكون في نفس الوقت أيضا سببا لتمكين المتضرر من الحصول على تعويض مدني. فكيف سيتم التداعي؟

الفصل 7 م إ ج ينص: "الدعوى المدنية من حق كل من لحقه شخصيا ضرر نشأ مباشرة عن الجريمة".

ويمكن القيام بها في آن واحد مع الدعوى العمومية أو بانفرادها لدى المحكمة المدنية. وفي هذه الصورة يتوقف النظر فيها إلى أن يقضى بوجه بات في الدعوى العمومية التي وقعت إثارتها".

**47.** إذا تم القيام بالدعوى المدنية في آن واحد مع الدعوى الجزائية امكن وفقا للفصل 7 م إ ج النظر فيهما من القاضي الجزائي. ويمكّنه هذا الفصل من النطق بالتعويض لصالح القائم بالحق الشخصي بعد النطق بالإدانة في الدعوى العمومية. وإذا قضى بعدم سماع الدعوى العمومية (ترك السبيل) فانه ملزم قانونا بأن يتخلى عن النظر في الدعوى المدنية تطبيقا للفصل 170 م إ ج.

**48.** ويمكن القيام بالدعوى المدنية منفصلة عن الدعوى العمومية أمام القاضي المدني وفقا للفصل 7 فقرة 2. ولكن هذا الانفصال الإجرائي لا يحقق استقلالا للدعوى المدنية عن الدعوى الجزائية لأنهما يرتبطان وفقا للقانون. ونفرق هنا بين فرضيتين:

ـ **الفرضية الأولى:** عندما يتعهد القاضي المدني بالنظر في دعوى مدنية قبل صدور حكم جزائي، يجب عليه أن يوقف النظر في انتظار مآل الدعوى الجزائية وفقا للمبدأ القانوني الجزائي يعقل المدني Le pénal tient le civil en l'état.

هذا المبدأ يتعلق بسير الدعوى. وقد ورد في عديد الأنظمة المقارنة مثل القانون المصري في الفصل 265 من قانون الإجراءات الجنائية، والفصل 4 فقرة 2 من م إ ج الفرنسية. ولا يتعلق بحق القيام إذ يجوز للمتضرر أن يثير دعواه، وإنما يرتبط بفصل النزاع من القاضي المدني. وقد اختلف الفقه في تبرير هذه القاعدة[101]. والأرجح أنها تنبني على تجنب التعارض بين الأحكام وعلى إقرار بعلوية الجزائي على المدني. وتتلاقى إذن مع مبدأ حجية المقضي به جزائيا على المدني. ولذلك كان لزاما لإعمال هذه القاعدة أن تتطابق الوقائع بين الدعويين[102].

وهو يقوم على تجنب تضارب الإجراءات والتضارب بين الأحكام الجزائية والأحكام المدنية. ويقيد الجزائي المدني لأن له أفضلية وعلوية من حيث مرونة الإجراءات ونظام الإثبات، في حين أن الإجراءات المدنية أقل مرونة وتقوم على موازنة مصالح الأطراف. ولكن هذا المبدأ لم يكن موضع إجماع في كل الأنظمة القانونية، فإذا كان ثابتا في القانون التونسي والفرنسي والمصري وغيره، فإنه لم يتحقق في القانون السويسري مثلا لأن الفصل 53 م م سويسرية لم يقيد القاضي المدني بالإجراءات الجزائية وبالأحكام المترتبة عنه ولم يلزمه بانتظار مآلها وترقبها. ويستطيع القاضي المدني السويسري أن يعود إلى أعمال القاضي الجزائي ليستلهم منها بعض المعلومات والقرائن.

ـ **الفرضية الثانية**: عندما يتولى القاضي المدني التعهد بالدعوى المدنية في التعويض بعد حكم جزائي بات، فما هي القيمة القانونية للحكم

[101] Viney, Introduction à la responsabilité, L.G.D.J, 3ème ed. n° 117. p. 285.

[102] Stéfani, G. Levasseur , et B. Bouloc, Procédure pénale, n° 977, « *identité de fait entre les deux actions* ».



الجزائي السابق عن تعهد القاضي المدني؟ وما هي حجيته في دعوى المسؤولية (سواء كان حكما بالإدانة أو بالبراءة)[103] ؟

هناك أنظمة قامت على استقلال كامل بين الدعوى الجزائية والدعوى المدنية، فالقاضي المدني له حرية كاملة في النطق بالتعويض في دعوى المسؤولية المتعهد بها، دون أن يلتفت إلى ما نطق به القاضي الجزائي، ودون أن يكون ملزما قانونا بذلك الأمر.

النظام الأردني تقيد بهذه النزعة. فقد جاء في الفصل 271 من القانون المدني الأردني "أن المسؤولية المدنية لا تخل بالمسؤولية الجنائية متى توافرت شرائطها، ولا أثر للعقوبة الجنائية في تحديد نطاق المسؤولية المدنية وتقدير الضمان". فهو يستبعد إذن كل تأثير للحكم الجزائي مهما كان مضمونه على المحكمة المدنية. والأنظمة الأنقلوسكسونية كالنظام الهولاندي تتبنى هذا الموقف. وخلافا لها، هناك أنظمة تربط الدعوى الجزائية بالدعوى المدنية ربطا مطلقا، يكون من أثره خضوع القاضي لما تم النطق به، سواء كان الحكم بالإدانة أو البراءة. وكان هذا الأمر سمة القانون الفرنسي إلى أن تخلى عنه بداية من سنة 1983 وذلك بالنسبة لأخطاء غير القصدية التي يترتب عنها تتبع جزائي بسبب إلحاق أضرار بدنية بالغير. وقد تخلى القانون الفرنسي عن هذا

[103] سنية العش، حجية المقضي به جزائيا على المدني، أطروحة، كلية الحقوق والعلوم السياسية 2004-2003.

M.Zine. Quelques aspects des rapports de l'action publique et de l'action civile, R.T.D, 1982, p.12.s. S. Slaheddine Ayari. L'unité des fautes pénale et civile d'imprudence, mémoire de D.E.S de science criminelle, Tunis, 1975.

En droit français, Valticos, l'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil, Th. Paris. 1948. Viney, introduction à la responsabilité 3ème éd. L.G.D.J, 2008, n°114, p.280, et les références. Pirovano, faute civile et faute pénale, L.G.D.J.1966, Préf. P. Bonassies.

النظام في قانون 5 جويلية1985 بالنسبة لحوادث المرور، وقانون 10 جويلية 2000[104]. وينتج عن هذا النظام اعتماد حجية مطلقة لما تم الحكم به جزائيا على المدني سواء كان في حالة الإدانة أو تبرئة الساحة. كما ينتج عن ذلك وحدة الخطأين الجزائي والمدني.

**49.** ما هو مركز القانون التونسي من هذين النظامين؟

القانون التونسي متميز من حيث أنه يخضع القاضي المدني إلى ما تم الحكم به جزائيا عند الإدانة. أمّا عند البراءة فإن القاضي المدني يصبح حرا في تكييف الوقائع ولا يصده حكم جزائي سابق عن القضاء لصالح المتضرر. ويستمد هذا الموقف الذي يعزّز جانب المتضرر من أحكام المسؤولية الجزائية وخاصة من الفصل 101 م إ ع.

يرى الأستاذ محمد الزين[105] أن الفصل 101 م إ ع قد تم نسخه وفقا لأحكام الفصل 542 م إ ع، بصدور مجلة الإجراءات الجزائية المؤرخة في1921.12.30 التي دخلت حيز النفاذ في 1922.5.1. فقد مكنت مجلة الالتزامات والعقود القاضي المدني من الحكم في الدعوى المدنية بعد أن يبتّ القاضي الجزائي في الدعوى العمومية. ونظرا لفقدان مجلة إجراءات تضبط أحكام الدعوى المدنية أمامه، فإن تلك القاعدة تفهم على ضوء الواقع التاريخي للتشريع. أمّا وأن مجلة الإجراءات الجزائية قد سدّت تلك الثغرة، فإن الفصل 101 م إ ع يتعارض مع نصها الجديد فيلغى بحكم النسخ. وينتج عن ذلك أن سلطة القاضي المدني، عندما يتعهد بدعوى مدنية بعد أن تم البت في الدعوى

[104] Flour, Aubert et Savaux, Le fait juridique,11ème.éd.Armand Colin, 2009, n°379, p.462. Ch. Desnoyer, L'article 4-1 du code de procédure pénale, la loi du 10 juillet 2000 et les ambitions du législateur : l'esprit contrarié par la lettre, D. 2002, Chr. 979.s.

[105] المقال السابق، ص. 68 .



العمومية، مقيدة باحترام حجية المقضى به جزائيا. وله الحرية في النظر إلى الوقائع التي أدت إلى تتبعات جزائية بشرط ألا يتعارض ذلك مع ما بت فيه القاضي الجزائي ضرورة[106]. ولذلك فإن الفصل 170 ف 2 م إ ج الذي يمكن من إثارتها مجددا أمام القاضي المدني لا يعد حجة وجيهة لربط الفصل المذكور مع الفصل 101 م إ ع[107]، ولا يمنع من اعتماد حجية المقضي به جزائيا على المدني، رغما عن أن المشرع لم يتعرض إليها صراحة[108].

ويرى أيضا أن القضاء نحا نحو هذا الموقف في القرار التعقيبي عدد 4717 المؤرخ في 1 فيفري 1968[109]. وقد اعتنق الرأي الذي انتصر إليه في أكثر من موقف آخر[110]، ليتجنب التضارب بين النقاط التي أثيرت أمام القضاء الجزائي وتلك التي أعيد التمسك بها أمام القضاء المدني، لينتهي إلى التأكيد على اعتماد وحدة الخطأين المدني والجزائي. ولا نكران للقيمة العلمية العميقة لهذا التحليل، ولما يشهد به من عمق الملكة القانونية لكاتبه[111]. إلا أنه لم يلق إجماع الفقه والقضاء حوله.

[106] المقال السابق. ص. 68.
[107] نفس المصدر. ص. 83 .
[108] نفس المصدر، ص. 65، تعليق .130. بعض الأنظمة تطرقت إلى ذلك، مثل الفصل 402 م. م. مصرية: "لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضروريا".
[109] القضاء والتشريع 1968 عدد 10، ص. 32.
[110] تعقيبي مدني عدد 9846 في 4 جوان 1973، ن. ص. 68، الذي يمنع القضاء المدني من الحكم لصالح الدعوى المدنية القائمة على خطأ غير قصدي، بعد أن بت فيها القاضي الجزائي بعدم سماع الدعوى، ويمكن مع ذلك من التعويض إذا كان القيام على أساس الخطأ القصدي. كذلك تعقيبي مدني عدد 9350 في 2 نوفمبر 1972، م. ت. ق. 1973 ، ص. 131، تعليق سكينة بوراوي.
[111] قارن موقفه من المسألة عند وجود حكم جزائي صدر غيابيا ضد المتهم.
S.Bouraoui et M.Zine, Les effets du jugement pénal par défaut sur l'action civile exercée devant un tribunal civil, R.T.D, 1977, II, p.126.

فقد توخى الأستاذ فاروق المشري تحليلا مغايرا للفصل 101 م إ ع[112]، استند فيه إلى صيغة الفصل 101 م إ ع[113]. هذا الفصل يمكن القاضي المدني عند تخلي القاضي الجزائي عن الدعوى المدنية بسبب الحكم فيها بعدم سماع الدعوى وفقا للفصل 170 ف. 2 م إ ج من التعهد بها مجددا. وبذلك فإنه يحمل في صيغته استثناء لحجية المقضي به جزائيا على المدني على معنى الفصول 481 إلى 484 م إ ع. فهو يلغي خضوع المدني للجزائي ويحقق استقلاليته عندما يرفض القاضي الجزائي الدعوى المدنية. ومن مناقب هذا الفصل أنه يضمن حظوظ التعويض للمتضرر. فعند الإدانة، يلتزم القاضي المدني بمنطوق الحكم الجزائي ويقضي لصالح الدعوى المدنية. وعند البراءة يسترجع حريته لينظر في الجانب المدني ويقضي لصالحه إن اقتضى الأمر، دون أن يتقيد بحكم جزائي سابق. وبذلك يتميز النظام التونسي عن غيره من الأنظمة.

والرأي أن هذه النظرة أقرب إلى حكم الفصل 101 م إ ع، وأكثر دنوّا إلى غايات المسؤولية المدنية، وأشد بعدا عن حجج المنتقدين لحجية الجزائي على المدني لتباعد أهدافهما[114]. وقد شدت محاولة فقهية النظر لعمق مطارحاتها وألقت في خضم هذا النقاش تأصيلا للقانون التونسي[115]. فقد ثبت أنه اعتمد في المسألة أساسين تشريعيين الأول مباشر والثاني غير مباشر.

[112] تولى الأستاذ محمد الزين انتقاده في مقاله المذكور، ف. 50، ص. 61 وما بعدها.
[113] تعليقه على القرار عدد 8345 في 13 جانفي 1972، م. ت. ق. 1974، ص. 243 (بالفرنسية).
[114] A. Chavanne,Les effets du procès pénal sur le procès engagé devant le tribunal civil, Rev. Sc. Crim. et Dr. Pén. Comparé, 1954, p. 239. « Alors que chaque jour, s'affirme davantage l'autonomie de l'action publique qui tend plus à l'adoption d'une mesure de défense sociale qu'à l'affirmation d'une vérité objective, il est paradoxal de faire dépendre d'elle l'action civile qui poursuit un but absolument distinct, avec un point de vue entièrement différent », n°34, p. 256.
[115] سنية العش، حجية المقضي به جزائيا على المدني، أطروحة، كلية الحقوق والعلوم السياسية 2003-2004، سابقة الذكر.



أمّا الأول فيقوم على قراءة عكسية للفصل 101 م ا ع، وهو سليل الفصل 112 من مشروع المجلة لسنة 1899. وترجع أعماله التحضيرية إلى الفصل 59 من المجلة الفيدرالية السويسرية للالتزامات وكذلك للفقه والقضاء الفرنسيين. ينص الفصل 59 السويسري أنه "عند تقدير الحالات المنصوص عليها بالفصول 56 و57 و58 لا يرتبط القاضي بقواعد القانون الجزائي في مادة الإسناد ولا عند ترك السبيل المقرر به جزائيا". ويدقق القانون السويسري الحالات التي تنفصل فيها الدعوى الجزائية عن الدعوى المدنية ليحصرها في حالات الدفاع الشرعي وفقدان الميز كليا أو مؤقتا. وأضاف لها مشروع المجلة في الفصل 112 حالتي العفو ووفاة المتهم. ويقوم مبنى هذه الأحكام وفقا للفقه السويسري[116] على أمرين، "أولهما تنافر المسائل المطروحة أمّا ثانيهما فهو يتمثل في عدم اشتمال حكم ترك السبيل على ضمانات كافية من الصدق أحيانا"[117].

أمّا الثاني، فهو رأي الفقهيين "أبري" "Aubry" و"رو" "Rau" مع استلهام من قرارات فرنسية، وبالتحديد من قرارين مؤرخين في 16 ماي 1887، أكدت فيهما محكمة التعقيب الفرنسية أنه عند "التتبع من أجل الجرح على وجه الخطأ، وفي صورة ما لم ينف القضاة مشاركة المظنون فيه في الواقعة المادية، أو لم يقرر أنه اتخذ كل الاحتياطات اللازمة، وتمّت تبرئته لعدم وجود إهمال، فإن القاضي المدني يمكنه دون أن يخرق مبدأ الحجية النطق بأن

[116] G.Scyboz, l'effet de la chose jugée au pénal sur le sort de l'action civile, th. Fribourg, éd. Univ. Fribourg, 1976.
[117] نفس المصدر. ف. 53، ص. 47. حول الأنظمة القانونية المشابهة للنظامين السويسري والتونسي، ف. 54، ص. 48.

نفس الشخص يلتزم بالتعويض عن هذا القتل أو الجرح كنتيجة لخطأ متمثل في شبه جنحة من جانبه"[118].

ويتضح من ذلك أن "واضعي مجلة الالتزامات والعقود رأوا أهمية اقتران ذكر القاعدة المأخوذة من القانون السويسري، بذكر فقه قضاء يعتمد قرينة الصدق التي يمكن أن تغيب في حكم البراءة. وهو ما يخول للقاضي المدني أن يستند إلى خطإ مدني مستقل عمّا نفاه القاضي الجزائي. وحينئذ ستختلف المسائل المطروحة ويتحرر القاضي المدني من قاعدة الحجية طالما أنه لا مجال لتطبيقها. ويلاحظ في هذا الإطار محاولة الأخذ بحلول قضائية فرنسية لدعم نصوص قانونية غير مستلهمة من التشريع الفرنسي. ويتضح أن الاستشهاد بفقه قضاء يقبل ازدواج الخطأين كان نموذجا لإمكان قيام اختلاف بين المسائل المطروحة جزائيا ومدنيا"[119]. وتلتقي هذه التحاليل مع موقف الأستاذ فاروق المشري في إماطة النقاب عن مزايا الفصل 101 الذي يجنب حجية مطلقة، مع ما لها من نواقص، خاصة تلك التي تقيم البراءة الجزائية على شك ينتفع به المتهم. فلا وجاهة في أن ينتقل ذلك العبء إلى القاضي المدني[120].

ويضاف إلى المصدر المباشر مصدر آخر غير مباشر، اعتمد قاعدة وقف النظر في الدعوى المدنية ريثما يبت القاضي الجزائي في الدعوى العمومية[121]. هذه المسألة – بوصفها خارجة عن اختصاص القاضي المدني – تشده وتمنعه من البت في التعويض، ترقبا لمآل الجانب الجزائي. وفي

---

118 Cass. Civ 4 décembre 1877, D.1878. I. p. 252.
مع ترجمة سنية العش، ص. 50 .

119 سنية العش، نفس المصدر، ف. 59، ص. 51، كذلك ف. 63، ص. 54.

120 المصدر السابق، ف. 66، ص. 56.

121 المصدر السابق، ف. 100، ص. 85، والمراجع العديدة المذكورة في التعليق 300.



الحقيقة، فإن وصفها بمسألة توقيفية يتجافى مع الوصف القانوني السليم، لأنها تعني مجرد إرجاء النظر "في النزاع لمدة معينة، دون أن يتخلى القاضي المدني عن أحقيته في فصل النّزاع بإحالة عناصر الدعوى إلى محكمة أخرى، على خلاف المسألة *القبلية*، إذ أن الغاية من إحالة بعض عناصر الدعوى هو فصلها من قبل قاض مختص"[122]. ولا يجوز اعتبار الدعوى العمومية مسألة أولية، لأن القاضي المدني لا يفقد اختصاصه في النظر في الدعوى المدنية. ويلتقي نقد الأستاذة سنية العش مع الآراء التي ترفض أن ترتقي قاعدة وقف النظر إلى أساس لحجية الجزائي على المدني. فهي ليست سوى مجرد "حاجز وقتي يحول دون ممارسة الدعوى المدنية لا غير. ولا غرابة حين يلاحظ أن بعض التشريعات، رغم عدم أخذها بقاعدة حجية الجزائي على المدني، تعتمد قاعدة وقف النظر على غرار التشريع الألماني والسويسري. مما يستخلص منه أن هذه القاعدة لا تجزم بامتلاك الحكم الجزائي حجية إزاء القضاء المدني، فهي لا تبرر قاعدة الحجية، خاصة أنه يلاحظ سعي البعض في نفس الوقت تبرير وجود قاعدة وقف النظر بقاعدة الحجية، رغم أن هذه الأخيرة ليست أسبق في الظهور زمنيا"[123].

وتبدو إذن النصوص التشريعية المقدمة كأساس لحجية الجزائي على المدني موضع شك ومصدر مساوئ، أهمها تقييد القاضي المدني عند تعهده

---

122 المصدر السابق، ف.107، ص. 91،
F.Hélie, Traité de l'instruction criminelle, éd. Plon, 1866, T.2, p.739. «On confond d'abord un simple sursis avec une question préjudicielle. L'article 3 suspend l'exercice de l'action civile, mais il ne dépouille sous aucun rapport la juridiction qui en est saisie : celle-ci demeure compétente pour se prononcer sur tous les faits qui sont la base de l'action…La question préjudicielle, au contraire quand elle est renvoyée par la juridiction répressive devant les tribunaux civils, dépouille cette juridiction du jugement de cette question ».

123 المصدر السابق، ف. 109، ص.93.

بالدعوى المدنية، والحال أنها بمفهوم ضيق ترنو إلى تعويض الضرر، بعد أن تطهرت من كل شوائب البعد الزجري[124].

يبدو هذا العرض أكثر قربا لنصوص القانون الوضعي التونسي. ذلك أن القضاء لم يولّ وجهه موقف الأستاذ محمد الزين، عندما اعتبر الفصل 101 م ا ع منسوخا، وعندما انقسم بين منتصر للحجية بشكل مطلق وبين ناف لها، خاصة عند الحكم بعدم سماع الدعوى العمومية.

**50.** وللقضاء مذاهب متباينة في إدراج قاعدة حجية الجزائي على المدني. فقد اعتمد أول قرار قريب من الحقبة الزمنية التي صدرت فيها مجلة الالتزامات والعقود على الفصل 101[125] في صيغته الظاهرة، ليمكّن من التعويض بعد أن تم البت في الدعوى الجزائية بترك السبيل. ولم يقف القضاء عند هذه العتبة، فقد انبرى ليبوّئ حجية المقضي به جزائيا على المدني منزلة "مبدأ قانوني مسلم به"[126]، يرتبط مع النظام العام في أعلى مراتبه[127]، وله

---

124 G.Viney, Introduction à la responsabilité, p.129.
وقد تبنت الأستاذة سنية العش وجهة النظر هذه انطلاقا من الفصل 7 من م. ا. ج، بحجة أن سلوك الطريق الجزائي عند القيام بها يضيف للمتضرر امتيازا إجرائيا في تحرير الدعوى العمومية فحسب، دون تأثير على ميزة الدعوى المدنية في التعويض. ف. 128، ص. 107.

125 تعقيبي مدني عدد 376 مؤرخ في 18 أفريل 1928، م. ق. ت.1960، عدد 9 و10، ص. 61.
اقتضى الفصل 101 من المجلة المدنية أن الحكم بالبراءة من مجلس جناحي، لا يمس بمسالة جبر الضرر المدني الناتج من الأمر الذي آل إلى صدور الإذن بالتتبع كالمسؤولية المدنية طبق الفصل 83 وما يليه من المجلة المدنية.
B. Ferchichi, note sous Cass. Civ. n° 5279, 7 janv. 1982, A.J.T., n° 1 et 2, 1989, p. 109.

126 تعقيبي مدني عدد 11674 معرف في 16 جانفي 1975، ن. ص. 43. كذلك في المراجع القضائية العديدة المذكورة من سنية العش. الأطروحة سابقة الذكر، ف. 83، تعليق 245، ص. 71. حول مفهوم المبدأ القانوني.
Morvan Parick, Le principe en droit privé, th. Ed. Panthéon Assas, Préface J.L. Sourioux, Paris 1999.

127 تعقيبي مدني عدد 6680 بتاريخ 23 نوفمبر 1981، ن. ج. 4، ص. 154. كذلك عدد 25088 في 14 ديسمبر 1989، ن. ص. 467. الرأي المخالف، أحمد الجندوبي، حجية الحكم الجزائي على القضاء المدني، بحث دراسات معمقة، كلية الحقوق والعلوم السياسية تونس، 1984.



حجية مطلقة[128]. وزاد القبول بوحدة الخطئين الجزائي والمدني الحجية تبلورا لدى القضاء[129].

وقبل قرارات الدوائر المجتمعة، ذهب اتجاه قضائي إلى إلزام القاضي المدني بأن يتقيد بما صدر من أحكام بالإدانة عن القضاء الجزائي، فلا يستطيع حتى إعادة النظر في الوقائع ومحاولة إيجاد فعل غير مشروع من خلالها[130]، ولا يحق للقاضي المدني أن يعيد تحديد نسبة المسؤولية التي كان ضبطها القاضي الجزائي[131]. فإذا ما خالف ذلك اعتبر القاضي المدني مخلا باحترام حجية المقضي به جزائيا على المدني[132]، نظرا لأن الحكم الجزائي يوفر شروط حجية ما اتصل به القضاء طبقا للفصل 481 من م ا ع[133].

ولم يجمع القضاء على مسايرة هذا الاتجاه، بالنظر إلى الهنات التي أظهرتها الحجية المطلقة للمحكوم به جزائيا على المدني، والتي لم تخف عن

---

على خلاف القانون الفرنسي. Viney, Introduction, n° 118, p. 287.

128 تعقيبي عدد 37440 في 8 مارس 1993، ن. ص. 381. كذلك المراجع المذكورة عن سنية العش، ف. 294، تعليق عدد 923 وما بعدها، ص. 244.

129 تعقيبي مدني عدد 8345 مؤرخ في 13 جانفي 1972، ن. ص. 9. كذلك عدد 3206 مؤرخ في 7 ماي 1981، ن. ج. ا، ص. 273. كذلك تعقيب جزائي عدد 564.99 مؤرخ في 6 أفريل 1999، م. ق. ت. 2000، عدد ماي، ص 111.

130 تعقيبي مدني عدد 5461 في 30 نوفمبر 1967، م. ق. ت. 1968، ص. 487 . كذلك تعقيبي مدني عدد 63341 في 13 جانفي 1972، م. ق. ت. 1974 عدد 4، ص. 24 . تعقيبي مدني في 21 أكتوبر 1980، م .ق. ت. 81 عدد 1، ص. 87 . قرار تعقيبي مدني عدد 10288 مؤرخ في 9 جانفي 1984، ن. ج.1، ص.43. تعقيبي مدني عدد 76630 في 10 أفريل 2000، ن.ج. II، ص. 69.

131 تعقيبي مدني عدد مؤرخ في 24 أكتوبر 1987، ن. ص. 59.

132 تعقيبي مدني عدد في 4 جوان 1973، ن. ص. 68. م. ت. ق.، 1975، ج. II، ص. 131، تعليق الأستاذة سكينة بوراوي.

133 تعقيبي مدني عدد 1227 في 2 جانفي 1979، ن. ص. 10: "حيث تبين من الحكم الجزائي أنه متوافر بشرائط اتصال القضاء اتحاد الموضوع والسبب ووحدة الخصوم... إن اتصال القضاء بالأحكام الجزائية قرينة قانونية تكون حجة تقيد القاضي المدني فيما بت فيه القاضي الجزائي". كذلك تعقيبي مدني في 17 جانفي 1987، ن. ص. 152. القرارات العديدة المذكورة عن سنية العش، ف. 89 ، تعليق 267 وما بعده.

الفقه[134]، وشدت انتباه القضاء المقارن[135]. فمن المواقف من ولى ظهره هذه الحجية ليعتبر أن القاضي المدني له الحرية عند الحكم بعدم سماع الدعوى العامة في النطق بالتعويض لصالح المتضرر[136]، مستجيبا في ذلك إلى انتقاد الفقه[137]، ومقرّا بالحق في إعادة تقدير مسؤولية الحادث خلافا لما نطق به القاضي الجزائي[138]. وتتفاقم خطورة هذا الاختلاف وأبعاده بالنظر إلى انعكاسه على ضحايا حوادث المرور، إذ أن الحكم الجزائي بعدم سماع الدعوى يثبت غياب الخطأ لدى الحافظ، ويصد الباب نهائيا أمام المتضرر الذي يتوسل أحكام الفصل 96 من م إ ع[139]، لاسيّما إذا أقيم أساسه على قرينة الخطإ. وتجنبا لهذا المآل السلبي، انبرى اتجاه قضائي ليؤكد على الفارق بين الخطأ الشخصي والخطأ في الحفظ. ولا يحجب انتفاء الخطإ "من القيام مدنيا وفق الفصل 96 من م ا ع بطلب تعويض الضرر الناشئ عن نفس الجريمة، ولا يقيد بالتالي القاضي المدني، لأن الخطأ المدني في هذه الحالة ليس بخطإ شخصي يمكن أن يتجسم مثل الخطأ الجزائي في القصور أو عدم التنبه، وإنما هو خطأ في الحفظ

[134] الأستاذة سكينة بوراوي التعليق السابق.
Dahdouh(H), L'indemnisation des victimes d'accident d'automobile: comparaison des droits français et tunisien, Th. Paris I. 1984, p.39.

[135] النظام البلجيكي، قدم تفسيرا مغايرا لنفس النصوص الفرنسية، اعتمادا على إخلال حجية الجزائي على المدني بحق الدفاع ومبدأ التخاصمية، فتخلصت محكمة التعقيب البلجيكية من ربقة هذا المبدأ:
C.cassation de Belgique, 15 février 1991, R.T.D. Civ. 1992, p. 844, obs. L. Ingber, I. De Saedeleer et A. Renard.

[136] تعقيبي مدني عدد 6680 في 23 نوفمبر 1981، ن. ج. IV، ص. 154. كذلك تعقيبي مدني عدد 16888 في 1987.1.5، م. ق. ت. 1987، عدد 5، ص. 56 .

[137] الأستاذ علي الجلولي تعليقه على تعقيبي مدني مؤرخ في 12 مارس 1982، م. ت. ق. 1986، ص. 36، وخاصة ص. 40 وما بعدها.

[138] تعقيبي مدني عدد 7718 في 27 جانفي 1983، م. ق. ت. 1983، عدد 2، ص. 87.

[139] لا مجال مدنيا لإعادة النظر في تقدير الخطأ الذي وقع البت في شأنه في النطاق الجزائي متى كان هو ذات الخطأ المؤسس عليه الطلب في المجال المدني. تعقيبي جزائي عدد 11674 مؤرخ في 16 جانفي 1975، ن. ص. 41.



أي في الإخلال بواجب قانوني يفرض على الإنسان حراسة الشيء الذي هو في حفظه والتحكم فيه لمنعه من الإضرار بالغير"[140].

وأدى ذلك إلى ضرورة توحيد المواقف من الدوائر المجتمعة.

51. أمام تباين فقه القضاء، تعهدت محكمة التعقيب بالإشكال وأصدرت دوائرها المجتمعة في 16 مارس 1995[141] قرارات جاء فيها "أن ما جاء بالفصل 101 م إ ع والفصل 19 م ج يرمي إلى التفريق بين المسؤولية الجزائية والمسؤولية المدنية بحيث ان تسليط عقاب جزائي لا يبرئ ذمّة المحكوم عليه من المسؤولية المدنية، وأن انتفاء الأولى لا يترتب عليه بالضرورة انتفاء الثانية. ولم يقصد المشرع تمكين القاضي المدني من إعادة النظر فيما بت فيه القاضي الجزائي ضرورة سواء في صورة الحكم بالإدانة أو في صورة الحكم بالبراءة كأن يثبت القاضي المدني أن السائق قصر أو أهمل على معنى الفصل 98 من مجلة الطرقات. وحيث أن تأويل هذين الفصلين بما يطلق حرية القاضي المدني يضر بحقوق المتقاضين وبحسن سير القضاء ويتعارض مع قاعدة تقيد القاضي المدني بما بت فيه القاضي الجزائي ضرورة. وحيث وإن لم تحسن محكمة الإحالة تطبيق الفصل 101 من م إ ع والفصل 19 من م ج، فإن استنادها إلى المسؤولية الشيئية التي وردت بالفصل 96 م إ ع لاعتبار أن ما انتهت إليه ليس فيه خرق للقانون".

ويتبين أن محكمة التعقيب قد أخضعت القاضي المدني إلى ما بت فيه القاضي الجزائي ضرورة سواء كان حكمه بالإدانة أو البراءة. ولا يمكن تبعا

[140] تعقيبي مدني عدد 16819 مؤرخ في 22 ديسمبر 1986، ن. ج. II، ص. 288. تعقيبي مدني عدد 26888 مؤرخ في 21 جوان 1990، ن. ص .275.

[141] قرارات عدد 45822 وعدد 25564، قرارات الدوائر المجتمعة 1994 /1995، ص. 8، وما بعدها. كذلك م. ق. ت. 1996، ص. 243، مع تعليق محمد المنصف الزين. حول هذه القرارات نذير بن عمو، م. ت. ق. 1996، ص. 27 . (بالفرنسية) .

لذلك للقاضي المدني عند الحكم جزائيا بترك السبيل أن يصف الوقائع و يؤسس من خلالها وصفا جديدا لخطإ مدني، وفق الفصل 83 م إ ع، إذا كان الخطأ الجزائي المحكوم فيه غير قصدي. وتقترب مطارحة محكمة التعقيب مما اقترحه الأستاذ محمد الزين[142] من وحدة الخطأين ومن حجية الجزائي على المدني.

واعتمدت هذه القرارات على منع القضاء المدني من إعادة النظر فيما بت فيه القاضي الجزائي ضرورة. وقدم القضاء تبريرا نظريا له. فمن "الحقائق القانونية التي لا خلاف فيها أن مبدأ تفويق الحكم الجزائي في مجال المعادلة بين ما يختلف فيه الحكمان الجزائي والمدني يقتضي أن المحكمة المدنية ليس لها أن تثبت وقوع ما نفى الحكم الجزائي متى كان ذلك من مقومات بنائه. فعلوية وسيطرة الحكم الجزائي وامتيازه على الحكم المدني تستوضح مما للحكم الجزائي من علائق وثيقة بالنظام العام، ولهذا السبب لم تكن حجيته مقصورة على طرفيه فقط، بل تنسحب على الكافة فتكون حيال كل فرد حجة له أو عليه"[143]. وفي هذا امتداد لمواقف متواترة ومستقرة[144]. ويلتقي هذا الأساس مع احترام حجية المقضي به جزائيا على المدني. "فالخوف من تضارب الأحكام هو في الحقيقة خوف من مخالفة الحكم الجزائي ليس إلا" [145]. ولابد من القبول ضمنيا بحجة إضافية تقوم على علوية الجزائي على المدني، لأن "مخالفة الحكم

[142] مقاله سابق الذكر.
[143] عدد 7380 في 2 فيفري 2005، غير منشور.
[144] تعقيبي مدني عدد 5339 في 26 أكتوبر 1967، ن. ص. 60. كذلك تعقيبي جزائي عدد 6260 في 19 ماي 1982، ن. ج. ص. 173.
[145] سنية العش، المرجع المذكور، ف.171، ص. 143. فالخشية من التضارب تبقى لصالح الحكم الجزائي ذي العلوية، إذ لا خشية من أن يتنافى حكم مدني مع حكم جزائي. فرج القصير، متى يقع التخلي عن قاعدة حجية الحكم الجزائي عن القضاء المدني، م. ق. ت. 1997، عدد 7، ص.121 .



الجزائي للحكم المدني تشكل خطورة من الضروري تجنبها"[146]. وهو بذلك انعكاس لنفس المبدأ الذي يلقي بظلاله على المدني من خلال عدم التنافر مع ما بت فيه الجزائي ضرورة.

**52.** هذا المعيار[147] قيد سلطة القاضي المدني حتى يتم تجنب التناقض بين المحاكم. ويعني ذلك أن كل ما يتعرض له الحكم الجزائي لا يلزم القاضي المدني، ولا يدخل تحت المقضي به جزائيا[148]. ولكن هذا التدقيق لا يرقى ليأتي على كل المصاعب التي يضعها مفهوم ما يعد ضروريا للحكم الجزائي[149]. فالتفرقة بينه وبين التزيّد في التعليل أساسية[150]، لأن "البيانات الزائدة ليست لها أية رابطة سببية منطقية بالفعل المجرم، وتنعدم حجيتها إزاء القضاء المدني"[151]. والثابت أن وصف الفعل أو تحديد عناصر الجريمة يعد ضروريا في النطق بالحكم الجزائي. أمّا الوقائع المرتبطة بتدخل الأشياء أو حتى بتدخل المتضرر فلا يكون لها انعكاس على مسؤولية المتهم وإدانته[152]، شأنه في ذلك شأن توزيع المسؤولية من القاضي الجزائي[153]، دون أن يبقى القضاء على قلب رجل واحد[154]. وتوحي قراءة قرارات الدوائر المجتمعة باعتبار القيام على

[146] المرجع السابق، خاصة ص. 133.
[147] لذير بن عمو. المقال المذكور.
[148] تعقيبي مدني عدد 6680 مؤرخ في 23 نوفمبر 1981، ن. ج. 4 ، ص. 154. الذي يمنع القاضي المدني من "إعادة النظر فيما قضى فيه القاضي الجزائي ضرورة سواء في أحكام الإدانة والبراءة".
[149] Viney, introduction, n°141, p.248.
[150] سنية العش، المصدر المذكور، ف. 289، ص. 240، كذلك ف. 302، ص. 250.
[151] المصدر السابق، ف. 291، ص. 242. كذلك، P.Courteaud, Essai sur l'évolution de la jurisprudence récente de l'autorité au civil de la chose jugée au criminel,Th.Grenoble, 1938, p.95.
[152] Viney, op. préci. n° 127, p.302 s. n° 129. p. 304s.
[153] تعقيبي مدني عدد 9025 مؤرخ في 27 أكتوبر 1983، ن. ج. II، ص. 307.
[154] تعقيبي مدني عدد 10384 مؤرخ في 08 أكتوبر 2007، ن. ج.2، ص.163، الذي قبل الطعن لعدم تقيد القاضي المدني بتجزئة المسؤولية الجزائية بحجة " ان الاعراض عن الحكم الجزائي فيه إخلال بحجية هذا الحكم وعلويته فإن الحقائق القانونية التي لا خلاف فيها أن المحكمة مقيدة

أساس المسؤولية الشيئية بعد الحكم بعدم سماع الدعوى العامة غير مشمول بما كان ضروريا للبت فيه جزائيا، لأنها تتعلق بمسؤولية موضوعية، أساسها الضمان، وتفترق عن الخطأ التقصيري من أنها دعوى مستقلة لا تمت له بأية صلة.

**53.** ويعسر التأكد من أن المحاكم[155] توخت بالإجماع هذا الموقف[156]. فقيام المسؤولية الجزائية على سائق دراجة نارية وسائق سيارة، ثم إعفاء أحدهما من المسؤولية المدنية الشيئية، وترتيبها لصالح المتضرر على كاهل سائق السيارة يخالف حجية الجزائي على المدني، "لأن صدور حكم بات بالإدانة في حقهما يعني إقرار الحكم الجزائي لمسؤوليتهما في الحادث، ولا يمكن تأسيسا على ذلك إعفاء أحدهما من طرف القاضي المدني، لأن البت في ذلك

بالوقائع التي أثبتها الحكم الجزائي والتي كانت أساسية لبيانه والتسبيب الواقعي الذي توخته المحكمة الجزائية حسبما سلف بيانه يقيد نظر محكمة الأساس التي ليس لها والحال ما ذكر أن تقر ما يخالف ما جاء بأسانيد ذلك التسبيب وعدم انتباه المحكمة لحجية الحكم الجزائي المطلقة يؤدي إلى النيل من الحكم المطعون فيه". في حين أن موقفا آخرمناقضا أرسى استقلالية للمدني عن الجزائي حتى عند النطق بتنصيف المسؤولية بين السائقين قرار تعقيبي مدني عدد 21588 مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ن. ص.181، "لأن المسؤولية الناشئة عن الجنحة أو شبه الجنحة تعتبر مسألة مدنية ليست مبدئيا من أنظار القاضي الجزائي وهو لا يتعهد بها إلا عرضيا عند بته في الدعوى المدنية بمناسبة القيام بالحق الشخصي أمامه وبالتالي فإنه لا يمكن الحديث عن نسبة مسؤولية معينة أفرزها حكم جزائي إذا لم يقع النظر في الدعوى المدنية".

155 قبل قرارات الدوائر المجتمعة، رأت بعض القرارات أن ما بت فيه القاضي يتعلق بالعناصر المكونة للجريمة. تعقيبي مدني عدد 16888 في 5 جانفي 1987، ن. ص. 303. وأن خطأ المتضرر حتى وإن أدى إلى تبرئة المتهم لا يلزم القاضي المدني بحجيته. تعقيبي مدني عدد 10228 في 9 جانفي 1984، ن. I، ص. 43. الحكم الصادر بالإدانة يكون حجته على الجميع، بخلاف الحكم بترك المتهم فإنه لا يقيد القاضي المدني من النظر في الدعوى إلا في خصوص ما أورده وكان ضروريا لقيامه حسب الفصل 170م.إ.ج و96 م. ا. ع. وبعد تلك القرارات تمادى إعمال نفس المعيار من القضاء تعقيبي مدني عدد 62825 مؤرخ في 3 فيفري 1998، ن. 168. "لأن الحكم الجزائي لم يثبت سوى أمر واحد أي أن الضرر نشأ بفعل المتضرر وهو غير كاف، يجب أن يثبت أيضا أنه فعل كل ما يلزم لمنع الضرر، وهو أمر إيجابي لم يتضمنه الحكم الجزائي" وكذلك تعقيبي مدني عدد 7773 مؤرخ في 29 أفريل 1971، ن. ص. 63. قارن القرارات الحديثة المذكورة في الهامش السابق.

156 حول الاختلاف في فقه القضاء، سنية العش، ف. 292 و293 و294، ص.242، وما يليها، والمراجع القضائية العديدة.



من جديد من طرفه يعني مخالفة ما قضى به القاضي الجزائي. وهو لا يجوز قانونا. وتأسيسا على ذلك فإن إعفاء محكمة القرار لسائق الدراجة النارية من كل مسؤولية من الحادث رغم ما سلف تقريره يشكل خرقا واضحا لقاعدة تقيد القاضي المدني بما وقع البت فيه جزائيا"[157]. ولا يؤيّد هذا الموقف، لأن القيام على الفصل 96 م ا ع يختلف عن القيام على أساس الفصل 98 م ط، ولأن تدخّل سائق الدراجة لا يدخل تحت طائلة ما كان ضروريا للحكم الجزائي. ويتسع مجال البيان الضروري، فيؤدي إلى التزام بما أورده الحكم الجزائي بشكل مفرط ومبالغ فيه يفرغ ذلك المعيار من أي محتوى مجسم[158].

أمّا إذا ما ضاق نطاق ذلك المعيار، فإن العلاقة بين الجزائي والمدني تصبح أكثر اتزانا وتحررا. فيتجه القضاء بذلك إلى التخلص من ربقة هذه الحجية. فلا يرى أن الحكم بالتعويض يتعارض، عند القيام على أســاس الفصل 96 من م إ ع، مع ما بت فيه القاضي الجزائي ضرورة. ويسير في هذا المنهج دون تردد كلما كان الفصل 96 م إ ع ذريعة المتضرر القانونية. فالحكم بعدم سماع دعوى السائق بسبب سقوط المتضررة من الصندوق الخلفي لشاحنته لا ينفي ترتيب المسؤولية الشيئية،" لأن أساس المسؤولية الشيئية ضمان الضرر الناشئ عن حفظ الشيء بدون أي تقيد بالخطأ الجزائي، إذ لا ينظر إلى خطأ الإنسان الذي قد يكون وراء الشيء المتسبب في الضرر وإنما يقتصر النظر على حصول الضرر من الشيء ذاته الذي في حفظ الإنسان بوجود علاقة سببية بين ذلك الشيء والضرر"[159].

157 تعقيبي مدني عدد 76630 مؤرخ في 10 أفريل 2000، ن. ج. II، ص. 69. ويأخذ هذا النقاش بعدا تطبيقيا ونظريا مختلفا مع قانون حوادث السير، المؤرخ في 15 أوت 2005. انظر ما سيلحق. ف.55، ومابعدها.

158 سنية العش، المرجع المذكور، ف. 296، ص. 246.

159 تعقيبي مدني عدد27605 في23 سبتمبر2003، غير منشور.

الدوائر المجتمعة تبنت مبدأ وحدة الخطأين ونفت ازدواجيتهما. ولكنها فتحت ممرّا يمكن المتضرر من المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية الشيئية، بعد أن أعطت الفصل 96 من م إ ع أساسا جديدا وهو الضمان. ولا يخرق القاضي المدني القانون (الفصل 101 م إ ع والفصل 19 م ج) إذا ما قضى بالتعويض بعد أن تولى القاضي الجزائي البت في الوقائع التي انبنت عليها الدعوى العمومية وحكم فيها بالبراءة. وهذا ضمان للتعويض بالنسبة للمتضرر، وله أهمية عملية خاصة في حوادث المرور، قبل تنقيح بمقتضى قانون 15 أوت 2005، وبعده. فلم تفقد المسؤولية الشيئية جدواها، لوجود اتجاه قضائي ينفي اختصاصه المطلق في الأضرار المادية، ويقبل بخضوعها للفصل 96 م ا ع[160].

وكان بإمكان الدوائر المجتمعة أن تقبل بازدواجية الخطأين وفقا لصيغة الفصل 101 وهو اتجاه لم يكن غائبا في القضاء التونسي. ففي قرار مؤرخ في 25 أكتوبر 1993، ألزم القضاء الشركة القومية للسكك الحديدية بأن تؤدي تعويضا لوالد فجع في أبنائه الثلاثة في حادث قطار، لما تولى قطع القضبان الحديدية لسيارته التي كان يسوقها فداهمه القطار، ومات الأطفال، وقضي عليه شخصيا بالإدانة للقتل على وجه الخطأ. المسؤولية الجزائية تحمّلها الوالد وليس سائق القطار أو شركة السكك الحديدية. فكان الخطأ المدني مستقلا عن الخطإ الجزائي، وتأكدت ازدواجية الخطأين. القضاء المدني مكّن الوالد من التعويض وكيّف الوقائع ليرى فيها خطأ في جانب الشركة القومية للسكك الحديدية بما أنها أخلت بالنصوص الترتيبية التي تضبط الرسم الفني للطرقات. هذا القرار يبرز

160 ومن الشواهد على ذلك، تعقيبي مدني عدد 37711 في 8 اكتوبر 2009، غير منشور. انظر ما سيلحق في خصوص هذه النقطة.



أن القاضي المدني قادر على تكييف الوقائع ليقف على خطأ مدني يؤدي إلى التعويض حتى في الصور التي تم الحكم فيها جزائيا بعدم سماع الدعوى.

وقد أقرت الدوائر المجتمعة هذه الازدواجية في تنفيذ عقد الشغل. فالحكم الجزائي بعدم سماع دعوى القائمة على الفصل 376 م ش بسبب إضراب غير شرعي لا ينفي وصف التوقف عن العمل كإخلال بالعقد وكخطأ في تنفيذه[161]. ثم صرحت بأن المشرع تبنى ازدواجية الخطأ في الفصل 101 م ا ع، وتولت تفسيره مقتربة من صيغته ومن مقاصد المسؤولية المدنية[162].

54. وفيما بعد القرارات الدوائر المجتمعة اتجه القضاء ليعتبر أن القيام بالدعوى المدنية على أساس الفصل 96 يمكن أن يكون سابقا عن مآل الدعوى الجزائية. ويمكن للقاضي المدني أن لا يتوقف عن النظر في انتظار منطوق الحكم الجزائي. فالجزائي لا يعقل المدني إذا تأسست دعوى التعويض على أساس الفصل 96 م إ ع[163]. وأصبح هذا الاتجاه غالبا. ومن ميزاته أن يجنب المتضرر انتظارا طويلا عندما يصدر الحكم غيابيا ضد المتهم فتتعطل دعواه في التعويض[164]. وقد تكون هذه المزايا قد ولت مع قانون حوادث المرور الصادر في 15 أوت 2005.

161 تعقيبي، دوائر مجتمعة عدد 47716 في 23 نوفمبر 1996، قرارات الدوائر المجتمعة1995/1996، ص.21 عدد5. كذلك، دوائر مجتمعة عدد 50234 في 29 فيفري 1996، قرارات الدوائر المجتمعة1995/ 1996، ص.45 عدد 10: "إن وصف التوقف عن العمل يكون إخلالا بالعقد أو خطأ تعاقديا ليست فيه مناقضة للحكم الجزائي ويمكن للمحكمة المدنية أن تبت فيه لأن نفي المسؤولية الجزائية عن الفعل لا يقتضي حتما نفي المسؤولية المدنية عنه وهو مفهوم الفصل 101 م ا ع".

162 الدوائر المجتمعة قرار مدني عدد 1629، مؤرخ في 29 مارس 2007، مجموعة قرارات الدوائر المجتمعة 2006.2007، ص. 391.

163 تعقيبي مدني مؤرخ 18 أكتوبر 1996، ن. 1996، ج. I، ص. 240.

164 S.Bouraoui et M.Zine, Les effets du jugement pénal par défaut sur l'action civile exercée devant un tribunal civil, préc.R.T.D., 1977, II, p.113.s.

55. لم ينته التطرق إلى حجية الجزائي على المدني في قانون حوادث السيارات، ولم تنقض الفوائد منه، ولعل المسألة قد اكتسبت فائدة نظرية إضافية بالنظر إلى بعض أحكامه، خاصة منها المتعلقة بمسؤولية السائق، وتأثيرها على حقه في التعويض.

إلا أن الإشكال لا يقف عند عتبة تلك المسألة، فمفهوم السائق وتحديده قضية تتقاطع مع حجية الجزائي على المدني. فكثيرا ما يتعذر من الأبحاث تحديد السائق ويتعذر مع ذلك تحديد صفته. فلا وجاهة بعد ذلك في حشر المتضرر في فئة السائقين، والحال أن الشك كان قد حام حول تلك الصفة[165]. ولا تخفى الأبعاد العملية والنظرية لذلك، إذ "ينجو" المتضرر من نظام التعويض للسائقين ومن قصوره عن تلبية تعويض يستقل عن المسؤولية الشخصية.

ثم يتمادى الأمر في خصوص مسؤولية السائق. الفصل 123 يضبط حق السائق في التعويض على ضوء نسبة المسؤولية المحمولة في الحادث. ولا يخفى لأول وهلة حنين هذا الفصل لسند تقليدي في المسؤولية، سند الخطأ

---

رغما عن أن الفقيهين يريان أن قاعدة تعطيل الجزائي للمدني يجب تعليقها عند وجود حكم غيابي، لأن أساس القاعدة يرتبط بالحكم الجزائي ولا يرتبط بشخص المتهم. نفس المقال، ص.121.

165 أرسى القضاء الفرنسي قرينة مفادها أن المتضرر لا يحمل على صفة السائق، حتى وإن أدى الأمر عند تعذر تحديد من بين الراكبين كان صاحب تلك الصفة. ويبلغ الأمر عند الالتزام بهذه القرينة إلى حد القبول بحصول حوادث دون سائقين.

H.Groutel, civ 2ème, 14 Juin 1995, Resp. civ et assur. Com. n°42 ; H.Groutel, Véhicule en quête de conducteur ; Civ 2ème, 4 novembre 2004, R.T.D, civ. 2005 p. 152, obs. Jourdain.

ولكسر نتائج تلك القرينة، أقام القضاء الفرنسي قرينة إضافية، تجعل من الحافظ سائقا.

Civ 2ème, 7 Juin 1989, RTD civ 1990, p 520obs. Jourdain.

ولكن هذه القرينة تندثر مجددا إذا صدر حكم جزائي ينفي صفة السائق عن الحافظ، لشكوك تحوم حولها.

Civ 2ème, 19 Juin 2003, R.T.D. civ. 2003, p. 722. obs. Jourdain.



بموضوع الفصل 83 من م ا ع[166]. وتعود الرابطة بديهيا إلى سالف عهدها بين المطلبين الجزائي والمدني، مع حجية المقضي به في الأول على الثاني[167]، وما لتلك الرابطة من هنات تستدعي النقد، خاصة بتأثيرها على حقوق التعويض عند السائق. فتحدها تحديدا ملموسا يضعفها مجددا، ويقلص من مقدارها والحال أنها ولو توفرت كاملة على ضوء قانون 15 أوت 2005، فإنها أبعد ما تكون عن ثروة طائلة أو كنز لا يفنى.

والأغرب من كل هذا أن تحديد المسؤولية بين السائقين يخضع لمقاييس مجدولة وملحقة بالقانون، في شكل رسوم شبه كرتونية، فيها نسخ لما درجت عليه شركات التأمين في تقدير المسؤولية بين المؤمنين في إطار معاينات ودية. فهل لهذه الرسوم الجامدة التي تقدر نسبة المسؤولية ميكانيكيا، أن ترقى لضبط المسؤولية بدقة عادلة تأخذ عناصر الوقائع كلها بالنظر والتمحيص؟ فمثلا إذا أخذنا الصورة السادسة من القانون، فإن مجرد تجاوز السائق لمحور المعبد يؤدي إلى تحميله كامل المسؤولية. أيكفي هذا للبت في مسألة جسيمة، تلقي بظلالها على حق تعويض السائق أو ورثته، دون اعتبار للسرعة والانتباه، والقدرة على تفادي الحادث، وغيرها من العناصر التقديرية الأخرى، لا سيما وأن ضيق عديد المعبدات يجعل ضبط المحور عملا يعسر على همة خبراء الهندسة؟ إن اعتناق حجية الرسوم على القضاء، يأذن بأفول عصر حقق فيه

---

166 تعقيبي مدني عدد 25083 مؤرخ في 05 جويلية 2008، ن. ص.171 : إن التعويض مرتبط بالمسؤولية وإن المسؤولية قائمة على الخطأ وتتحدد حسب طبيعته ودرجته وفقا للمقاييس المضبوطة بالجدول الملحق بالقانون على معنى الفصل 123 من مجلة التأمين ولا يخول القيام على أساس المسؤولية الشيئية.

167 تعقيبي جزائي عدد 21490 مؤرخ في 29 سبتمبر 2007، ن. ج. ص. 289 :لاشيء بالقانون عدد 86 لسنة 2005، المؤرخ في 15 أوت 2005، يمنع القاضي الجزائي من النظر في الدعوى المدنية المرتبطة بالأضرار الناتجة عن حوادث المرور سواء شكلا أو أصلا فلم تسقط فكرة الخطأ من احكامه، فرغم أنه أشار إلى عدم إمكانية معارضة المتضرر بخطئه أو بالقوة القاهرة، يرتد في قوله في عدة مواطن ليوزع المسؤولية بين المتدخلين على أساس حجم الخطأ.

القضاء علوية كاملة للجزائي على المدني، لما تتسم به من مسالك إجرائية وإثباتيه تفتح أبواب الحقيقة على مصراعيها. وإن ولى ذلك الزمن[168]، فإن نكسة عظمى قد وقعت على قانون المسؤولية، وقد كفاه انتكاسا أنه ارتد عن التيار الموضوعي، فتولدت فكرة الخطأ في المسؤولية عن حوادث السير لدى السائق، كما يتولد طائر الفونيق من رماده، مثله كمثل النور الباهت الذي يشعّ من الكواكب، يخاله الرائي ضياء، وهو في حقيقته عتمة انطفأت في أغوار الفضاء منذ السنين الخوالي.

ولو تمادى القضاء في ربط مسؤولية السائقين بما يقضي به جزائيا لحرك الرمح في جراح الضحايا من السائقين وخلفهم وذويهم، ولعاد بقانون المسؤولية القهقرى، إلى عهد قاتم[169] ، كانت له المزية من إقفاله بقرارات 16 مارس 1995. ولا تنقطع السبل إلى ذلك إلا باقتفاء أحد الأمرين:

– أولهما: تجنب وحدة الخطأين وربط المسؤولية الجزائية بالمسؤولية المدنية، لتخضع لها في هذا المجال خضوع الرقيق في سوق النخاسين. ولنا أسوة حسنة في القانون الفرنسي المقارن. فقد حسم وحدة الخطأين بأن فرقهما نهائيا، وجسّم قانون10 جويلية 2000 القطيعة بين الخطأين إن كانا غير قصدين[170]. وبذلك فإن إخلاء سبيل السائق جزائيا لاينفي مؤاخذته مدنيا[171]. وقد

[168] تعقيبي جزائي عدد 27678 في 9 ماي 2008، غير منشور، والطريف أن الدائرة المدنية قدرت بشكل مخالف نسبة المسؤولية في نفس الحادث، تعقيبي مدني عدد 36772، في 4 ديسمبر 2009، غير منشور.

[169] قدم الفقه الفرنسي نفس النقد لقانون 5 جويلية 1985، انطلاقا من الفصل 4 م.ا.ج. فرنسي؛ E.Chabas, La situation faite au conducteur fautif de véhicule à moteur G.P.1994, 2 doct, 216, «Il y a là une incontestable régression du droit, un retour en arrière de quelques soixante ans».

[170] L'article 4-1C.P.P. : « L'absence de faute pénale non intentionnelle au sens de l'article 121-3 du code pénal ne fait pas obstacle à l'exercice d'une action devant les juridictions civiles afin d'obtenir la réparation d'un dommage sur le fondement de l'article 1383 du code civil, si



افترق القضاء طوائف في تعريف مفهوم خطأ السائق الذي يؤثر على التعويض (فهو الخطأ الذي تسبب في الضرر[172]، ضرر السائق نفسه. ولا يعني ذلك أن الخطأ يرتبط سببيا مع الحادث بالضرورة، فالذي أهمل ربط حزام الأمان أو لبس الخوذة يتسبب وفق فقه القضاء هذا في الضرر دون أن يؤثر على العلاقة السببية في الحادث. وفي قرارات أخرى وضع فقه القضاء قرينة على ارتباط الضرر بخطأ المتضرر السائق، كأن يقود عربته في حالة سكر[173]، وعلى المتضرر إثبات عكس ذلك).

ففي مرحلة أولى تولى قياس نظام خطأ المتضرر على خطأ السائق، فاشترط نتيجة لذلك أن يكون السبب الوحيد للضرر، حتى يمنعه عن التعويض[174]. فما المقصود بالسبب الوحيد؟ لم يسر القضاء الفرنسي بخطى ثابتة على درب تعريف هذا المفهوم إذ بدأ باعتبار السائق متسببا وحيدا في الحادث إذا كان المدعى عليه لم يقترف خطأ سببيا[175]، أو إذا كان يكتسي مبررات القوة القاهرة[176]. وانقسم على نفسه بين هذين التيارين[177]، إلى أن رجح

l'existence de la faute civile prévue par cet article est établie ou en application de l'article L.452-1 du Code de la sécurité sociale, si l'existence de la faute inexcusable prévue par cet article, est établie ».

[171] Ch.Radé, Les acquis et les zones d'ombre de l'interprétation de la loi du 5 juillet 1985, le régime d'indemnisation des victimes, in La loi Badinter: Le bilan de 20 ans d'application, ouvrage collectif sous la direction de Ph. Brun et P. Jourdain, L.G.D.J. 2006, p.49.

[172] Civ 2éme, 2 décembre 1987, Resp. Civ. et assur, 1989, comm.n°191, R.T.D. Civ 1989, p. 568, obs. P. Jourdain ; Civ. 2éme. 4 novembre 2004, Resp. civ et assur 2005, études 2 par H.Groutel, R.T.D. Civ. 2005, p 192, obs. P. Jourdain, Viney et Jourdain, n° 1028, p.1314.

[173] Civ 2éme , 13 octobre 2005, J.C.P 2006, II 10004, note G. Kessler.

[174] Civ 2éme , 14 Janvier 1987, J.C.P 1987, II, 20768 note Chabas.

[175] Civ. 2éme, 29 janv. 1986, *Bull*. Civ., I, n° 1 ; Civ. 2éme, 23 avr. 1986, Bull. Civ., II, n° 58

[176] Les références citées par G..Viney, P.Jourdain, Les conditions, n°1028, note 372.

كفة التيار الثاني، فأبعد اشتراط القوة القاهرة كميزة للخطأ، وأبقى على الرؤية الأولى، تلك التي تكتفي بغياب الخطأ في جانب الطرف المدعى عليه في التعويض، وحمل أيضا المتضرر عبء إثبات خطأ في جانب المدعى عليه، حتى يتسنى له الحصول على تعويض جزئي[178].

وجوبه هذا الاتجاه بالنقد الشديد، لتدهور نظام التعويض للسائقين، وبعد أن استفحل الخلاف بين الدوائر الجزائية والمدنية تولت الدوائر المجتمعة توحيد المواقف[179].

ويقتضي تحديد مفهوم المسؤولية التعريج على العلاقة بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية:

## الفقرة الثانية:المسؤولية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية

56. المسؤولية تعاقدية عندما تنشأ عن إخلال بالتزام نشأ عن عقد صحيح كأن يرفض بائع تسليم المبيع. وتكون المسؤولية المدنية تقصيرية عندما

177 Civ 2ème, Le Tourneau et Alii n° 8153, p. 1758 ; Viney et Jourdain, n°1029. Leduc, Brèves remarques sur les sanctions de la faute de la victime conductrice, Resp. Civ. et ass. 2001, chr. 2.

178 Civ. 2ème, 24 nov. 1993, Bull. civ. II, n° 3234 ; RTD civ. 1994, p. 367, obs. P. J; Civ. 2ème, 6 juill. 1994, Bull. civ., II, n° 178, D., 1995, p. 603, note B. Fillion-Dufouleur; Resp. Civ. et assur., 1994, comm. n° 377; Civ. 2ème, 2 nov. 1994, Bull. Civ., II, n° 209 ;J.C.P, 1995, I, 3853, n° 28, obs. G. Viney.

179 Ch. mixte, 28 mars 1997, Bull. ch. mixte, n° 1, *D.*, 1997, p. 294, note H. Groutel; J.C.P. 1997, I , 4025, n° 24, obs. Viney; R.T.D. Civ. 1997, p. 681, obs P. Jourdain. D. 1997, somm. p. 291. Obs. D. Mazeaud. Gaz. Pal., 3 oct. 1997, obs. F. Chabas. " Chaque conducteur a droit à l'indemnisation des dommages qu'il a subis, directement ou par ricochet, sauf s'il a commis une faute ayant contribué à la réalisation de son préjudice".



ينشأ الضرر دون وجود علاقة تعاقدية بين المتضرر والمسؤول، كما هو الشأن في حوادث المرور، فلا وجود لعلاقة تعاقدية بين المترجل والسائق.

هل إن نظام المسؤولية مختلف بين المسؤولية التعاقدية والمسؤولية التقصيرية؟

إن الاختلاف بينهما ميزة لبعض الأنظمة التي أرست نظامين مختلفين، رغما عن وجود مواقف -خاصة في القرن 19- ، دافعت عن وحدة المسؤولية المدنية دون قبول للتفرقة بين فرعيها التعاقدي والتقصيري. ويبقى الموقف المناسب للازدواجية غالبا خاصة في القانون الفرنسي وغيره. هذه الازدواجية تبين وجود فوارق بين المسؤوليتين واختلافا لنطاقهما. والفائدة من الحديث عنها تتجلى خاصة في مسألة الخيار أو عدم الخيار أو الجمع أو عدم الجمع.

### أ ـ الفوارق بين المسؤولية التعاقدية والمسؤولية التقصيرية

57. هذه الفوارق ذات أهمية نظرية وعملية.

ـ **بالنسبة للأهلية**: هي تقترن في المسؤولية التعاقدية بسن الرشد، أمّا في المسؤولية التقصيرية فإنها ترتبط بقدرة الإنسان على تمييز عواقب الأمور وإدراك الضرر على معنى الفصل 105 م إ ع، حتى وإن لم يبلغ بعد سن الرشد: "لا ضمان على الصغير غير المميز وكذلك على المجنون حال جنونه، فإذا كان للصغير درجة من التمييز تمكنه من معرفة العواقب وجبت عليه العهدة".

ـ **بالنسبة للتعويض**: المسؤولية التعاقدية تعوّض عن الضرر المتوقع دون الضرر غير المتوقع إلا عند وجود خطأ قصدي أو تغرير من المدين.

والتغرير لا يعني هنا عيبا للرضاء وإنما هو عدم تنفيذ الالتزامات. أما في المسؤولية التقصيرية فإن التعويض يستغرق الضرر المتوقع وغير المتوقع.

ومن زاوية التضامن، فانه لا يتوفّر في المسؤولية التعاقدية إلا بالاتفاق أو بطبيعة التعامل الذي يقتضي وجود التضامن مثل التبادل التجاري. وتنظمه الفصول من 174 إلى 180 من م ا ع. أمّا في المسؤولية التقصيرية فإن التضامن يقوم وفق الفصل 21 م ج وكذلك الفصلان 108 و109 من م ا ع. التضامن السلبي يقتضي وجود أكثر من مدين للتعويض، وهو تضامن سلبي بخلاف الإيجابي الذي يقوم عند تعدد الدائنين. فمثلا إذا تمّ القضاء على عدة أشخاص أن يعوّضوا متضامنين مبلغ خمسة آلاف دينار لمتضرر، فانه يستفيد من التضامن، إذ يستطيع أن يتقاضى حقه من ذمم متعددة بحسب عدد الأشخاص، ولكنه لا يجزّئ تداعيه ضدهم بل يقوم على أحدهم ليستخلص جميع المبلغ المحكوم له به ضدهم جميعا، ولمن أدّى بعد ذلك الرجوع ضدهم ليستخلص ما دفعه عنهم.

ــ المسؤولية التقصيرية تهم النظام العام. فوفق الفصلين 82 و 83 م ا ع، لا يمكن الاتفاق فيها على ما يخالف أحكامهما. في حين أن المسؤولية التعاقدية لا تهم النظام العام حسب البعض الآخر[180]. والدليل على ذلك أنه يمكن إدراج بنود تحديد المسؤولية أو الإعفاء منها، وهي بنود دارجة مألوفة في عقود النقل وغيرها من الاتفاقات. لكن هذا الفارق قابل للنقاش، لأن التعويض يهم النظام العام في المسؤولية التعاقدية. وقد ظهرت عديد القوانين التي تحمي الطرف الضعيف (المستهلك) ضد الطرف القوي اقتصاديا، مثل قانون 7

180 Noomen Rekik, L'ordre public et le contrat, Th.Faculté de droit et de sciences politiques de Tunis.2005.
على عكس الموقف المذكور يرى الكاتب ان إلزامية العقد مستمدة من تطابقه مع النظام العام.



ديسمبر 1992 المتعلق بحماية المستهلك أو قانون 13 أوت 2000 المتعلق بالتجارة الالكترونية. وهي قوانين تبطل البنود المجحفة تلك التي يدرجها الطرف القوي فيختل بها التوازن التعاقدي. فجاء إبطالها لشلّ هيمنته ومنعه من إملاء شروط غير معقولة. الفصل 17 مثلا من قانون حماية المستهلك يبطل كل شرط من شأنه أن يرفع الضمان عن المدين في علاقته مع المستهلك. ونجد هذا الاتجاه في مجلة حماية المستهلك الفرنسية التي ظهرت بعد قانون حماية المستهلك المؤرخ في جانفي 1973 في فرنسا، وما تلته من تنقيحات تجمعت في تلك المجلة. ويبطل بند تحديد المسؤولية أو الإعفاء منها وفق الفصل 244 إذا كان المدين قد رتب مسؤوليته بسبب خطإ فاحش أو تغرير.

### ب ــ نطاق المسؤولية التعاقدية والمسؤولية التقصيرية

58. المسؤولية التعاقدية تفترض قيام عقد صحيح بين الدائن والمدين. ولكن عندما يكون التصرف منطويا على إرادة في المساعدة، فانه يضع إشكالا في وصفه كعلاقة تعاقدية. القضاء التونسي في بعض مواقفه لم يرتب المسؤولية التعاقدية في النقل المجاني لأن العقد لم يقم بين الناقل والراكب، وأخضع التعويض إلى قواعد المسؤولية التقصيرية.

ونتيجة لذلك فإن قطع المفاوضات بشكل متعسف قبل إبرام العقد يؤدي إلى ترتيب نظام تقصيري غير تعاقدي للمسؤولية[181]. ويخضع الضرر الذي يتسبب فيه تعييب الرضاء بسبب التغرير والإكراه، في مرحلة سابقة عن قيام العقد، لنظام تقصيري بوصفه جنحة أو شبه جنحة مدنية. كما أن الضرر الذي يلحق بعد انقضاء العقد يتم حسب المسؤولية التقصيرية. فإذا انقطع عامل عن

181 Com.26 novembre 2003, R.T.D. Civ. 2004, p. 80, obs. J. Mestre et B. Fages.

الشغل في مؤسسة اقتصادية ثم تولّى بعد ذلك إفشاء أسرار مكنت مؤسسة أخرى من منافستها فإن مسؤوليته هنا تقصيرية.

**59.** المسؤولية التعاقدية تقوم بين الأطراف التعاقدية، الدائن والمدين. وإذا كان الضرر لاحقا بغير أجنبيّ عن العقد، فإن عدم احترامه لذلك العقد يرتب مسؤولية تقصيرية. وقد أدّى تطوّر نظرية العقد إلى مراجعة هذا النظام. فذهب القضاء الفرنسي إلى ترتيب المسؤولية التعاقدية لصالح أجانب عن العقد ليمكنهم من الحصول على التعويض، نظرا لأن قواعد المسؤولية التعاقدية تضمن لهم ذلك. فقد طبق القضاء الفرنسي الاشتراط لمصلحة الغير، ليمكن أقرباء المريض – بوصفهم مستفيدين من التزام بالسلامة اشترطه لصالحهم – من القيام مباشرة ضد المستشفى، بسبب ما لحقه جرّاء نقل دم ملوث قدمه له المستشفى. فقد اعتبر أن المريض اشترط لصالحهم التزاما بسلامة الدم وخلوّه من كل عيب[182]. وأصبح الاشتراط الضمني مرمى لانتقادات فقهية عديدة، ساهمت في تراجع محكمة التعقيب الفرنسية عنها. فقد ضيّق القضاء الفرنسي في اعتماد الاشتراط لمصلحة الغير لصالح المتضررين بالتبعية (دون أن يكونوا خلفا خاصا أو عاما) لهالك قضى في كمبوديا عندما كان بصدد قضاء عطلة نظمتها إحدى وكالات الأسفار. ولم تقبل دعواهم في التعويض ضدها على أساس تعاقدي، وأكدت ضرورة القيام على أساس تقصيري[183].

**60.** وفي العقود المركبة[184]، ظهرت صعوبة التفريق بين الأجنبي والطرف (groupe de contrats) في العقد. ففي العقود المتسلسلة نجد

[182] Civ 2ème,17 déc.1954, D.1955. 269, note Rodière ; J.C.P.1955, II. 8490 et 8559 bis, note Savatier.
[183] Civ 1ère, 28 octobre 2003, D. 2004, J. p. 233, note Ph.Delebecque, R.T.D. Civ, 2004. p.96, obs. P. Jourdain.
[184] B.Teyssié, Les groupes de contrat, L.G.D.J,1975.



سلسلات تعاقدية ترتبط بين أطراف متعاقبة لترويج منتوج واحد، فينتقل هذا المنتوج من الصانع إلى المزوّد إلى تاجر الجملة، فتاجر نصف الجملة، فتاجر بالتفصيل، ثم المستهلك. فإذا تضرر المستهلك، فهل يلزم بالقيام تقصيريا على العقد بين المزود والتاجر أم أنه محق في القيام التعاقدي؟

التعريف التقليدي في نظرية العقد لا يمكن من القيام إلا على أساس المسؤولية التقصيرية، لأن كل طرف في العقد محق دون سواه من الغير في إثارة المسؤولية التعاقدية.

القضاء الفرنسي شذّ عن هذا التصور ومرّ بثلاث مراحل[185]. تحدث القضاء الفرنسي في البداية عن العقود المركبة Ensemble contractuel وقبل قيام كل طرف في تلك العقود[186] على أساس المسؤولية التعاقدية. وأكد أن القيام لا يكون بالضرورة إلا تعاقديا la responsabilité est nécessairement contractuelle. ثم تراجع القضاء الفرنسي عن موقفه، وأكد ان الغير في العقد لا يمكنه أن يقوم على أساس المسؤولية التعاقدية، بل عليه أن يثير دعواه على أساس المسؤولية التقصيرية فقط[187]. وعدل القضاء الفرنسي عن مواقفه بعد ذلك، وقبل بأحكام المسؤولية التعاقدية في العقود المتسلسلة الناقلة للملكية[188].

[185] Civ. 26 nov.2003, R.T.D. Civ. 2004, p. 80, obs.Mestre et Fages.
[186] Arrêt Soderep, Civ. 1ère, 21 juin 1988, Dalloz 1989, p.5, note Larroumet.
[187] Arrêt Besse, Cass. A. P.12 juillet 1991; Dalloz 1991, p. 478; Sur la question, Malaurie, Aynès et Stophel- Munck, Les obligations, 2009, n° 847, p. 44[illegible]; Viney, Introduction, 2008, n° 189-1, p. 519.
[188] Les contrats translatifs de propriété ;Civ 30 novembre 1991. R. contrats Concurrence et consommation, (R..C. C), 1992. p.11 ; M. Gibeili-Bacache, La relativité des conventions et les groupes de contrats, Th. L.G.D.J. 1996, préf. Y. Lequette..

ما هو موقف القانون التونسي؟

61. القانون لدينا قبل في بعض النصوص الخاصة توسع المسؤولية التعاقدية. فمثلا مكّن الفصل 17 من قانون حماية المستهلك لسنة 1992 المستهلك من القيام مباشرة Action directe ضد المزود، ليطالبه بضمان عيوب المبيع. ويمكن كذلك قانون 31 جانفي 1994، المتعلق بالمسؤولية في مادة البناء، قيام مشتري العقار ضد المهندس المعماري، والمقاول، والباعث العقاري، ومكتب المقاولة، بدعوى تعاقدية. وفي هذا توسع لنطاق المسؤولية التعاقدية من خلال الدعوى المباشرة، وهي استثناء لمبدأ الأثر النسبي للعقد[189].

### ج – مبدأ عدم الخيار بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية

62. هل يمكن الجمع بين دعوى تقصيرية ودعوى تعاقدية من المتضرر؟

وهل "يمكن للمتضرر أن يختار الدعوى التقصيرية ويتخلى عن الدعوى التعاقدية والعكس ؟ الإجابة تبرز مبدأين:

**– مبدأ عدم الجمع**

هل يجوز للمتضرر أن يقوم في نفس الدعوى على أساس المسؤولية التقصيرية وعلى أساس المسؤولية التعاقدية، ليستفيد من مزايا النظامين، فيستفيد من مدة التقادم التي تبلغ في المسؤولية التعاقدية 15 عاما، في حين أنها أقصر في المسؤولية التقصيرية، إذ تبقى عموما وفق الفصل 115 م إ ع في فقرته الأولى في حدود 3 سنوات.

189 Ch. Jamin, L'action directe, L.G.D.J., Préface Ghestin.



وهل يستطيع في نفس الدعوى، أن يعطل البنود التي تعفي من التعويض، بالاعتماد على المسؤولية التقصيرية دون التعاقدية حتى لا يعارض بها؟

القضاء الفرنسي رفض في قرارات مبدئية، بحسم ووضوح، الجمع بين المسؤوليتين، فلا يستطيع المتضرر الجمع بين الأحكام التي تعزز جانبه في نظام معين، ليحصل على تعويض أفضل في نظامه القانوني.

والنتيجة التي تستخلص من مبدأ عدم الجمع، هي عدم قدرة المتضرر على التداعي مجددا على أحكام المسؤولية التي لم يعتمد أحكامها في دعواه الأولى، عندما تفشل هذه الدعوى التي أقامها على نظام معيّن.

الأنظمة الأنقلوسكسونية عموما تمكن من الجمع بين نظامي المسؤوليتين في دعوى واحدة.

**– مبدأ عدم الخيار**[190]

63. يتمثل المشكل المطروح في معرفة :"هل يجوز للمدعي في الأصل المرتبط بعلاقة تعاقدية مع المطلوب القيام على أساس المسؤولية التقصيرية لطلب التعويض عن الأضرار اللاحقة به؟"[191]. هل يمكن للمتضرر، عند اجتماع أركان المسؤوليتين التقصيرية والتعاقدية، أن يختار المبدأ الأنسب الذي يوفر له مزايا أفضل؟ مثال، إذا خضع إنسان مريض لكشوفات طبية بالأشعة،

190 S. Abid, Le principe de l'option entre la responsabilité contractuelle et délictuelle, en droits tunisien et français comparés. Th. Paris I, Fac. Droit de Sfax, 2011.

191 استئناف تونس مدني عدد 19914 في 24 جانفي 2006، غير منشور.

وتضرر أثناء الكشف، فله، في هذه الوضعية، إمكانية نظرية للقيام على أساس النظامين.

التفرقة واجبة بين قاعدة الخيار بين المسؤوليتين والخيار بين الدعويين. فعندما تكون المسؤولية مشتركة بين الناقل وشاحنة أجنبية، فإن اختيار المتضرر القيام ضد حافظ الشاحنة، دون أن يتداعى ضد الناقل، لا يحمل تطبيقا لقاعدة الخيار بين المسؤوليتين بل بين الدعويين فقط[192]. ولا مناص من عرض سريع للمسألة في تطورها التاريخي، وخاصة من خلال القانون الفرنسي بوصفه مصدرا ماديا للمجلة.

هل أنَ قاعدة عدم الجمع بين المسؤوليتين نتاج لخطأ تاريخي، حولَ المسؤولية التعاقدية من وظيفة تقليدية قائمة على التعويض بمقابل، إلى مسؤولية موازية للمسؤولية التقصيرية، بعد أن أرسى "بلانيول" فكرة وحدة المسؤوليتين، وقيامهما على الخطأ والضرر والعلاقة السببية؟ ما كان لمبدأ مثل هذا أن يرى النور، لو بقيت الأمور على ما قامت عليه، من تمييز بين المسؤولية التقصيرية وتنفيذ العقد.

الطريف أن نفاة المسؤولية التعاقدية يلتقون من حيث النتيجة مع أنصار وحدة المسؤولية، الذين يرون أن الإخلال بالتزام تعاقدي أو تقصيري يرتب مسؤولية واحدة، هي المسؤولية التقصيرية[193]. فالفصل 1147 م م فرنسية ليس

192 تعقيبي مدني عدد 72758 في 8 فيفري 2000، غير منشور.

193 ظهرت هذه النظرية في الفقه الفرنسي مع بعض الفقهاء،
A. Deschamps, Le dol et la faute des incapables, thèse, Paris, 1889 *adde* Le dol et la faute des incapables, Rev. Crit. 1890, p. 271 ; Grandmoulin, La nature délictuelle de responsabilité pour violation d'une obligation contractuelle, thèse Rennes 1892, thèse Bordeaux 1897; Planiol, note sous Paris 8 février 1896, Dalloz 1896, 2, 457 ; Du fondement de la responsabilité, Rev. Crit. 1905, p. 277.



سوى تطبيق خاص للفصل 1382، ذلك أن الالتزام التعاقدي الأول يفقد موضوعه بسبب خطأ المدين، فلا يبقى الالتزام بأداء التعويض التزاما تعاقديا ليصير التزاما نشأ من القانون[194]. ولا وجاهة حينئذ في طرح مبدأ الخيار والجمع لافتقاد الحاجة له، إذ لا خيار حيث لا يدعو الأمر إليه، بسبب امتصاص المسؤولية التقصيرية للمسؤولية التعاقدية، وانصهار هذه في تلك انصهارا يفقدها كل كيان مستقل.

ويصبّ تحليل " بلاينول"[195] في نفس النقطة، إذ يناصر وحدة المسؤوليتين، لاسيما على مستوى الخطأ، حتى وإن قبل ببعض الفوارق المستوحاة من النصوص القانونية، كالتعويض عن الضرر المتوقع في المسؤولية التعاقدية على خلاف التقصيرية. وفي موقف "بلانيول" ترتيب تفاضلي للمسؤوليتين. وتتربع المسؤولية التقصيرية على الكرسي الأعلى، وتنضاف إليها المسؤولية التعاقدية في مرتبة استطرادية أدنى. فتكون الأولى أساسية وسابقة، والثانية مضافة إليها عند وجود العقد. وكان "بلانيول" أكد أن الخطأ يبقى نفسه، فهو في كل الحالات إخلال بالتزام مسبق.

**64.** يقر أنصار الجمع (والواقع أن المسألة تتعلق بالتوارد، والخيار، وليس بالجمع) أن المسؤولية التقصيرية تهم النظام العام. ولا حق في استبعادها باتفاقات خاصة حتى بين المتعاقدين أنفسهم. وبذلك، ففي صورة الإخلال بالتزام

194 Grandmoulin, La nature délictuelle de responsabilité pour violation d'une obligation contractuelle, thèse Rennes 1892: "Les prétendus intérêts que l'on a voulu rattacher sur tous ces points à la source légale ou contractuelle de l'obligation seraient arbitraires s'ils existaient, car la responsabilité étant une, doit engendrer des effets de même nature".

195 CA. Paris, 8 Févier 1896, D. 2, p.457, note Planiol.

تعاقدي، لا يحبس الدائن المتضرر في بوتقة العلاقة التعاقدية، ويبقى محقا في الاستناد إلى أحكام المسؤولية التقصيرية.

ولكن الفقه الفرنسي – وهو نمط الأنظمة المنتمية إلى عدم الخيار – يخالف في سواده هذا الاتجاه الغالب في الأنظمة المقارنة، ويعتنق مبدأ عدم الخيار. فالمسؤوليتان التعاقدية والتقصيرية منفصلتان، ويتعلق موضوعهما بمسائل مختلفة. الجزاء يتسلط في الأولى على الإخلال بالتزام تعاقدي، وفي الثانية بالتزام قانوني. ولا وجاهة في توظيف أحكام المسؤولية التقصيرية عند عدم احترام العقد، ففي ذلك حيف على أحكامه وتوسعة مشطة، تتجافى مع منطق القانون وتتعارض مع أحكام العقد ذاته[196].

**65.** وتتبنى بعض الأنظمة السائرة في هذا النمط نفس الحجج[197]. فالنظام المصري يغلب فيه حضور نفاة الخيار، لأن "الدائن لا يعرف المدين إلا من طريق العقد، ومن ثم فكل علاقة تقوم بينهما بسبب هذا العقد يجب أن يحكمها العقد وحده. كما أن المسؤوليتين وضعان متعارضان، إذ تقوم المسؤولية العقدية بين متعاقدين يربطهما عقد، بينما تقوم المسؤولية التقصيرية بين أجنبيّين، ولا يمكن أن يجمع الشخص بين وصف المتعاقد والغير في وقت واحد. فلا بد من الوقوف عند المسؤولية العقدية"[198].

وإذا كانت هذه الحجج قد استقطبت أنصارا في النظام الفرنسي والنظام المصري، فإنها لم تظفر بنفس الإشعاع في غالبيّة النظم المقارنة، ومنها الألمانية والسويسرية والأنجلوسكسونية، حيث يحق للمتضرر أن يختار النظام

196 Viney, Introduction, n°168, p. 425. s.

197 الصدة، ف. 408، وما بعدها، ص. 440.

198 نفس المصدر السابق، ف. 409، ص. 443. وإذا قام المتضرر فخاب في مسعاه، لم يحقّ له أن يتداعى على أساس المسؤولية التقصيرية وفقا لحجية الأمر المقضي به. الصدة، ص. 441، وعرض اختلاف القضاء المصري.



الذي يساير مصالحه[199]. واتسم النظام البلجيكي، سليل النصوص الفرنسية بتردد، تراوح بين القبول بعدم الخيار، ليقرّر المبدأ في مرحلة لاحقة[200].

**66.** موقف القضاء التونسي متردد في هذه النقطة. ولكنه يسير نحو القبول بالخيار، على خلاف القضاءالفرنسي[201]. أكد القضاء التونسي على عدم الخيار، ورأى أن المطالبة بالتعويض لا تكون إلا على أساس تعاقدي، وليس على أساس تقصيري، كلما ارتبط التعويض بعقد صحيح[202]. فرفض توسيع نطاق الفصل 245 م إ ع، الذي يرتب المسؤولية عن فعل الغير في المادة التعاقدية، وأوجب تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية في هذا الأمر[203].

هذه القرارات لم تبق ثابتة. فقد عقبتها قرارات أخرى خالفت مبادئها، وشككت في مدى التزام القضاء التونسي بمبدأ عدم الخيار. فقد قامت مريضة بقضية ضد أطباء على أساس المسؤولية التقصيرية، وبالتحديد على أساس الفصل 83 م إ ع، والحال أن العلاقة بين المريض والطبيب هي تعاقدية، تؤدي وفق مبدإ عدم الخيار إلى قيام المسؤولية التعاقدية، والتخلي وجوبا عن

199 Viney, op.cit. n°217, p.613s. Jolowicz, droit anglais, Précis Dalloz, n°76.

200 Viney, idem.p. 614.

في حين أن قانون دولة الكيباك أرسى قاعدة عدم الخيار في الفصل 1458، ف.2، بعد أن اتجه القضاء إلى عكسها قبل ذلك التقنين.

Baudouin, La responsabilité civile, 4ème, éd.n°38

201 Marty et Raynaud ,op. cit. n°450, p.502.

بالنسبة للقضاء الفرنسي، لا يمكن الخيار بين النظامين عند وجود عقد صحيح. فلا مناص من اعتماد المسؤولية التعاقدية، وعدم قبول التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية لأن مبدأ الخيار مرفوض منذ القرن 19.

Civ. 21 janvier 1890, S.1890,1. 408; D.P.1891.1.380 : « Les articles 1382 et suivants du code civil sont sans application lorsqu'il s'agit d'une faute commise dans l'exécution d'une obligation résultant du contrat ».

202 تعقيبي مدني مؤرخ في 18 جويلية 1974، ن. 1974 ، ج. I ص. 204. حيث لا جدال أن العلاقة القانونية الرابطة بين الطرفين هي علاقة تعاقدية، وتبعا لذلك فإن المسؤولية المقامة على أساسها تكون من باب المسؤولية التعاقدية.

203 ت. ج. 20 نوفمبر 1962، ن. 1962 ص. 67.

المسؤولية التقصيرية[204]. فقد تمادى هذا الموقف في قرارات لاحقة، كان للمريض المتضرر الخيار بين الدعوى التعاقدية أو الدعوى التقصيرية[205]، لتصرح به محكمة التعقيب، وتجعل الخيار حقا في التداعي على إحديهما إذا اجتمعتا عند المتضرر[206].

ثم إن الدوائر المجتمعة أرست بوضوح الخيار بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية، ومكنت المتضرر بوضوح من اختيار الدعوى التي تناسب مصالحه[207]. فقد جاء في القرار" أن المتضرر في حادث طريق قد تتوافر له مستندات قانونية متعددة لطلب التعويض، كالمسؤولية عن الخطأ الشخصي، والمسؤولية عن حفظ الشيء، والمسؤولية العقدية للناقل، وهو حرّ في اختيار مستنده لطلب التعويض". وقد دققت محكمة التعقيب إقرارها للخيار، لتنبذ الحجج التقليدية التي تضيق علاقة الدائن والمدين، وتصبها في قالب تعاقدي صرف، لتعطيها أولوية على حساب المسؤولية التقصيرية. كما أنها لم تمنح المسؤولية التقصيرية علوية باعتبارها تهم النظام العام[208].

---

204 تعقيبي مدني 27207 مؤرخ في 31 ديسمبر 1992، ن. 1992، ج. I ص. 542. وهو موقف متواتر عند مؤاخذة المصحة . تعقيبي مدني عدد5899 في 2 نوفمبر2004، غير منشور.

205 عدد 5899 في 2 نوفمبر 2004، غير منشور.

206 تعقيبي عدد 2007.20241 مؤرخ في 13 مارس 2008، غير منشور: "حيث اعتمد فقه القضاء قواعد الحق العام للمسؤولية المدنية عند النظر في قضايا التعويض التي يرفعها المتضررون ضد أطبائهم وقد استند تارة إلى المسؤولية التقصيرية، أي إلى الفصلين 82 و83 من م ا ع، وتارة إلى المسؤولية العقدية، إذ اعتبر أن الرابطة التي تقوم بين الطبيب والمريض تنبني على الإرادة المشتركة التي تفضي إلى عقد خاص، ويلتزم فيه الطبيب ببذل العناية اللازمة لشفاء المريض مقابل أجره، وحيث انه تبعا لما ذكر فإن للمتضرر الخيار بين الاستناد لاحدى هاتين المسؤوليتين...".

207 تعقيبي مدني 42389 مؤرخ في 16 مارس 1995، قرارات الدوائر المجتمعة لسنة 1995-1996، ص. 17.م.ت.ق. 1996.ص.309.

208 تعقيبي مدني عدد 29391 في 8 جانفي 2004، غير منشور. "حيث أن المتضرر من حادث مرور أثناء نقله كمسافر مخير بين القيام على أساس المسؤولية التقصيرية على معنى الفصل 653 م ت، او على أساس المسؤولية التقصرية على معنى الفصل 83 م إ ع، وأمّا عبارة وكل شرط يخالف ذلك لا يحمل عليه الواردة بآخر الفصل 83 م. إ. ع.، فلا تعني البينة إقصاء المسؤولية التعاقدية، بل تعني بوضوح إن كل اشتراط للإعفاء من مسؤولية الفصل 83 م. إ. ع. قبل حصولها لا عمل عليه.



وتحقيقا للخيار، ذهب القضاء إلى قبول دعوى التعويض على أساس المسؤولية الشيئية، عندما يحصل الضرر في مسبح نزل. فلا جدال في قيام علاقة تعاقدية مسبقة في إطار عقد النزل أو الدخول للمسبح. وهي لا تصرف المتضرر عن حقه في اعتماد المسؤولية التقصيرية[209]. فتتجلى قاعدة الخيار واضحة لدى فقه القضاء.

**67.** هذا الموقف يختلف عن القضاء الفرنسي، ولكنه يساير أنظمة أخرى، تمكن المتضرر من الحصول على حظوظ كاملة في التعويض. وقد يكون الفصل 523 م إ ع حجة تبرر الخيار، فقد جاء فيه، "من كان له القيام بدعويين مبنيتين على سبب واحد فاختار إحديهما لا يحمل أنه تنازل عن الأخرى". هذا النص ورد في قواعد تفسير العقد، ورأى الأستاذ محمد الزين أن هذا الفصل لا يرتبط بالخيار أو عدم الخيار، بل هو مجرد قاعدة تفسيرية للتصرف الإسقاطي (كالتنازل عن حق في التتبع). فجعل هذا الفصل القيام بدعوى، غير مانع بالنسبة لصاحبها من أن يثير دعوى أخرى يمكنه منها القانون، لأن القيام بالأولى لا يفسر كإرادة في التنازل عن الدعوى الثانية. ولذلك فلا علاقة لهذا الفصل بمسألة الخيار أو منعه. هذا الرأي العميق يمكن أن يناقش، أولا لأن الفصل 523 م إ ع يتحدث عن سبب الدعوى، وليس عن التنازل عن الحق. وسبب الدعوى هو مصطلح إجرائي، ويمكن من القول بأن الفصل 523 في صيغته مكن من القيام بالخيار بين دعويين، ومن الفقهاء من رأى أن الفصل 523 م إ ع يسمح بمبدإ الخيار بين الدعوى التقصيرية والدعوى التعاقدية[210]. وقد أفصح القضاء عن نفس الموقف[211].

---

209 تعقيبي مدني عدد 221 في 1 أفريل 2004، غير منشور. بالنسبة لمسبح تابع لمركز ثقافي، تعقيبي مدني عدد 5581 في 11 جانفي 2005، أقرت الورثة في قيامهم على الفصل 96 م إ ع. وبالنسبة لمدينة ألعاب، تعقيبي عدد 5482 في 7 فيفري 2005، غير منشور.

210 T. P. I de Tunis, 30 Avril 1980, R.T.D. 1981, p. 423, note Ali Mezghani.

68. الواقع أن هذا الفصل يحيل إلى مسألة جوهرية في معالجة مبدأ الخيار بين المسؤوليتين، وهي مسألة الوصف القانوني ودور القاضي فيها، فعندما يثير المتضرر دعواه، فإن اختيار الوصف السليم جوهري فيما ستؤول إليه دعواه، لأن فشلها يؤدي إلى عدم حقه في إثارته على أساس آخر، أو بالتحديد على أساس سبب آخر.

الالتزام بالحياد يمنع القاضي الفرنسي من تغيير السبب المعتمد ونقله الدعوى دون طلب المتضرر من الإطار التعاقدي إلى الإطار التقصيري، وذلك لأن السبب يعني حسب البعض النص الذي ارتكز عليه المدعي.

ولكن هذا التعريف للسبب فقد ريادته بفضل إسهام موتيلسكي[212] في الأمر، إذ أقصى النص القانوني من تعريف سبب الدعوى، ليقصرها على الوقائع التي انبنت عليها، وعلى القاضي أن يتولى وصف تلك الوقائع. أمّا النصوص، فهي سند الدعوى وليست سببها. ويتولى القاضي الفرنسي وفقا لأحكام الفصل 12 من المجلة الجديدة للإجراءات المدنية إعادة وصف تلك الوقائع بعد تنقيحه في 9 سبتمبر 1971، و تخليه بمقتضاه عن مصطلح السبب، ليعتمد اصطلاحا آخر مستمدا من أساس الدعوى " Fondement de la prétention". ولكن القضاء الفرنسي حافظ على مواقعه السابقة، ولم يرفي الفصل 12 فصلا ملزما بالتكييف، بل قائماعلى مجرد إمكانية متاحة للقاضي

سامي الجربي تفسير العقد، مركز النشر الجامعي فقرة 361، ص.471. وما يليها.

211 تعقيبي عدد 2007.20241 مؤرخ في 13 مارس 2008، غير منشور. "وحيث أنه تبعا لما ذكر فإن للمتضرر الخيار بين الاستناد لإحدى هاتين المسؤوليتين وقد خول ذلك صراحة الفصل 532 من م ا ع الذي ينص على أن "من كان له القيام بدعويين مبنيتين على سبب واحد فاختيار احداهما لا يحمل على أنه تنازل عن الأخرى".

212 H. Motulsky, Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits, écrits p. 38, T. 1 ; « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », D. 1964, p. 235.



في ذلك. وقد أكدت محكمة التعقيب الفرنسية بدائرتها الأولى[213]، واجب القاضي في إعادة التكييف القانوني، بالبحث عن إمكانية تطبيق أحكام المسؤولية التعاقدية عند ردها لدعوى قام بها المتضرر على أساس المسؤولية التقصيرية. إلا أن الدائرة الثانية لم تسر في نفس الركب، رغما عن التنقيح التشريعي. فقد احترز القضاء الفرنسي حول مبادرته بالتكييف القانوني، مفضلا حيادا حول هذه النقطة واحترام مبدأ المواجهة.

وقد مكنت محكمة التعقيب الفرنسية القضاء من إعادة التكييف، إذا كان السند قانونيا صرفا[214]. أمّا إذا كان يحقق انتقالا بين المسؤوليتين، فإنه يكون حينئذ مزيجا بين الواقع والقانون[215]. وبذلك فإن القاضي الفرنسي ملزم بتكييف الوقائع واعتماد سند قانوني صرف، ولكنه يبقى مخيرا في إثارة السند الذي يختلط فيه الواقع بالقانون. والنتيجة أن تنقيح الفصل 12 من قانون المرافعات الفرنسي لم يؤت أكله وبقي حبرا جديدا على ورق قديم، وقيد القاضي بما يستند إليه أطراف الدعوى[216]، رغما عن مرونة دوائر محكمة التعقيب في تعريف

213 Arrêt Chesnoy : Civ. 1ère, 19 mars 1985, Bull. civ. n°96, p. 89 ; J.C.P. 1985, IV, 197, obs. Normand ; Civ. 1ère, 22 avril 1997, J.C.P 1997, II, 22944, note G. Bolard.

214 S. Guinchard, Droit et pratique de la procédure civile, Dalloz 2004, n°221. 123, p. 502 ; L. Cadiet, droit judiciaire privé, 3ème éd. 2000, n°1134 ;

215 Civ. 1ère. 29 nov. 1978, Bull. civ. I, n°369, p. 287 ; D. 1979, I.R, p. 344, obs. C. Larroumet ; D. 1979, p. 381, note A. Bénabent, Civ. 1ère, 29 nov. 1978 ; R.T.D. Civ. 1979, p. 423, obs. J. Normand ; R. Martin, Le juge a-t-il l'obligation de qualifier ou de requalifier ?, D. 1994, ch. p. 308.

216 خاصة وأن الدائرة المدنية الأولى اقتفت أثر القائلين بعدم إلزام القاضي بإعادة التكييف Civ. 1ère, 21 février 2006, D. 2006, I.R, p. 673, :Les juges, s'ils peuvent rechercher eux- même la règle de droit applicable au litige, n'en ont pas l'obligation des lors que le demandeur a précisé le fondement juridique de sa prétention.

مفهوم حجية المقضي به، وإقرارها بإمكانية إثارة دعوى جديدة على أساس مغاير للأولى، واختلاف السبب تبعا لذلك بينهما[217].

ولكن القانون التونسي لا يحتوي نصا مماثلا للفصل 12 فرنسي. والملاحظ أن الفصل 12 م م م ت يمنع على القاضي إتمام حجج الخصوم أو تكوينها أو إحضارها. فهل يمنع على القاضي إثارة الأسانيد القانونية، أم أنه ملزم بالحياد حتى في هذه النقطة؟

اتجهت محكمة التعقيب إلى منع القاضي من إثارة أي سند قانوني لم يثره الأطراف، حتى لا يغير سبب الدعوى[218]، ما لم يكن متعلقا بالنظام العام. ثم اعتبرت أن الوصف القانوني يختلف عن الإثبات وأن المنع الوارد بالفصل 12 من م م م ت لا يطوله[219]، وأن القاضي ملزم بإثارته[220]، وبالتالي فبإمكان القاضي أن يغير أساس الدعوى انطلاقا من الوقائع، ليعتبرها داخلة تحت أحكام المسؤولية التعاقدية وليس التقصيرية[221]، لأن السبب كما يعرفه القضاء التونسي

217 Ass . Plén. 7 juill. 2006, D. 2006, p. 2135, note L. Weiller.

218 تعقيبي مدني 4 مارس 1971، ن. ص. 44. مدني 8 ماي 1975 ، ن. II ، ص. 44.

219 عبد الله الأحمدي، القاضي والإثبات. ص. 81 و115 و149.

220 دوائر مجتمعة عدد 12082 في 30 جانفي 1976، م. ق. ت. 1976، ص. 37. تعقيبي عدد 7461. 4 أفريل 2005، ن. II ص. 67. وقد رفض في الأصل مطاعن انتقدت قرارا استئنافيا، واستحسن توجه المحكمة لأنها صححت " أساس القيام المنطبق بناء على المسؤولية التقصيرية الوارد بها الفصل 96 من م. ا. ع. منتهية إلى إضفاء الأساس الصحيح على الدعوى بناء على مظروفات الملف والنصوص القانونية، فانتهى بها الاجتهاد إلى أن الدعوى تحكمها قواعد وضوابط المسؤولية التعاقدية المستمدة من عقد الوكالة الحرة المسند للمعقب، مبرزة السلطة التقديرية الممنوحة لها بغية تصحيح سند الدعوى دونما مساس بالنظرية القانونية التي قامت عليها القضية وذلك في كنف الحياد التام".

221 وقد ساعد على هذه المرونة عدم وجود سند قانوني صرف في القانون التونسي moyen de pur droit.

N. Ben Ammou, Le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation, thèse faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 1996, p. 134.

ولكن بعض القرارات رفضت إثارة القاضي أساسا قانونيا للدعوى، بالاعتماد على الفصل 12 من م م م ت. فعند القيام على أساس مسؤولية الناقل التعاقدية، لا يحق للقاضي أن يعتمد على الفصل 96 من م ا ع، وإلا عدّ ذلك خروجا عن الحياد. فالمدعي بوصفه يملك الدعوى، هو



يلتقي مع نظرية موتلسكي ويقوم على الوقائع[222]. وإذا كان الأمر كذلك، فهل إن عدم ذكر الأسانيد القانونية في عريضة الدعوى كما ينص عليه الفصل 70 من م م م ت حالة من حالات بطلان العريضة؟ جاء الجواب النفي في الفصل 71 من نفس المجلة، "وهو ما يدعو إلى النظر في دور القاضي في هذه الحالة خاصة وفي دوره عموما عند تعهده بالنظر في النزاع المعروض عليه"[223]. أكد القضاء على مبدإ "أعطني الوقائع أعطيك القانون"، وهو ترديد لنظرية سبب الدعوى عند موتلسكي، إذ تعني أن الأطراف في المنازعة يعرضون الواقع، فيتعهد القاضي في إطار وظيفته بتطبيق القاعدة القانونية، وهو دور أساسي، "إذ هو محمول على العلم بالقانون وعلى فض النزاع بتحديد القانون المنطبق عليه"[224]. ولا ينزع ذلك عن القضاء مبدأ الحياد، لأن الفصل 12 من م م م ت يرسي حيادا إيجابيا. وينبثق عن ذلك، "أن التكييف غير السليم أو بيان سند قانوني وقع الغاؤه، أو غير منطبق على الوصف القانوني للدعوى، أو حتى عدم بيانه إطلاقا، لا يخول المحكمة الامتناع عن النظر في النزاع، لأن تطبيق القانون هو من اختصاصها، ولها وحدها تكييف الدعوى التكييف القانوني السليم، وتغيير سند الدعوى هو من اختصاصها، ولها وحدها تكييف الدعوى

المؤهل الوحيد لبناء دعواه وذكر سندها القانوني". تعقيبي مدني عدد 19313 في 4 نوفمبر 2002، غير منشور.

222 تعقيبي مدني عدد18668 في 27 سبتمبر2002 ن.ج.II، ص.30. الذي نقض قرارا استئنافيا لأنه خلط بين مفهوم السبب وبين السند المحتج به في الدعوى ذلك أن السبب في الدعوى الأولى والدعوى الراهنة هو نفس الفعل الضار الذي هو الواقعة القانونية التي يتولد منها الحق في التعويض أما تكييف هذا الفعل بأنه موجب للمسؤولية عن فعل الغير أو عن فعل الأشياء فلا يعدو أن اختلافها في الدعويين دون حيازة الحكم حجية الشيء المحكوم فيه فكل ما تولد به حق للمضرور في التعويض عن شخصه أو عن ما له حيال من احدث الضرر أو تسبب فيه، هو السبب المباشر المولد للدعوى بالتعويض مهما تنوعت أو تعددت علله وأسبابه لأن ذلك جميعا من وسائل الدفاع أو طرقه ومهما كانت طبيعة المسؤولية التي بحثها القاضي في حكمة فان هذا الحكم يمنع المتضرر من إقامة دعوى تعويض على أساس أو نص قانوني مغاير.

223 محكمة الاستئناف بتونس عدد 7019 في 14 أفريل 2004، غير منشور.

224 القرار سابق الذكر.

القانوني السليم وتغيير السند المعتمد دون التقيد بما أورده المدعي، لأن ذلك لا يؤدي إلى تكوين سبب جديد. القاضي مسؤول عن سلامة حكمه من الناحية القانونية، عليه أن يعطي الوقائع وصفها القانوني الصحيح من تلقاء نفسه، وهو محمول على العلم بالقانون وجزئياته أكثر من الخصوم، وهو ما يعبر عنه باللاتينية. "Juria Novit Curia" ، ولا يشكل ذلك إخلالا بمبدإ المواجهة وحق الدفاع والتي لا تتعلق إلا بأطراف النزاع ولا تنسحب على القاضي لوجوده خارج نطاق النزاع، ولا يمكن مناقشة تعليله إلا بالطعن بالوسائل المشرعة بقانون الاجراءات والطعون".

والرأي أن الأحكام الإجرائية تتلاقى مع ما تثيره أحكام بالفصل523 م ا ع وما ورد به من معرض حديث عن مصطلح السبب.

مبدأ عدم الخيار يبقى مبدأ مشكوكا فيه في التطبيق القضائي. ويكون النظام التونسي من أولئك الذين لا يضعون حاجزا بين نظامي المسؤولية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية، ليمكن المتضرر من الحفاظ على مصالحه، بدون قيود إجرائية على الدعوى.

## الفقرة الثالثة: المسؤولية المدنية والمسؤولية الإدارية[225]

**69.** المسؤولية الإدارية شكل خاص للمسؤولية المدنية، إذ تصبح فيه الإدارة والمؤسسات العمومية مدينة بالتعويض عوضا عن الأشخاص[226].

[225] R. Chapus, Responsbilité publique et responsabilité privée, Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire, préface M. Waline, Collec. De la Fac. Jean Monnet, I.E. Droit public, Univ. Paris 11. Ed. La mémoire du Droit.2010.

[226] P. Jourdain, Les principes de la responsabilité civile, Dalloz, 7eéd, p.2 ; R. Chapus, Droit administratif général, Montchrestien, Domat, Droit public, t.1, 2001, n°1408.



وتعني "إلزام الإدارة بجبر الأضرار التي تتسبب فيها عند القيام بأنشطتها المختلفة. وقد يكون الضرر ناتجا إما عن إخلالها بالتزام تعاقدي، فتنشأ عنها مسؤوليتها التعاقدية، أو عن إخلالها بما وجب فعله أو تركه طبقا لما تأمر به أو تنهى عنه القوانين، وتنشأ عن ذلك ما يعرف بالمسؤولية التقصيرية[227]". هذا التقارب لا يلغي خصوصيات المسؤولية الإدارية مقارنة بالمسؤولية المدنية. موقف مجلس الدولة الفرنسي في قرار "بلانكو"، دليل على تأكيد القضاء الإداري على تميز تلك المسؤولية واستقلالها عن المسؤولية المدنية[228] .

ويتم التفريق بين المسؤوليتين انطلاقا من اختلاف النظامين القضائي العدلي والإداري، وتباين الحلول الأصلية بينهما[229]، وهو ما يجر إلى التعرض إلى تطور النصوص المنظمة لهذه المسؤولية(أ)، وضبط أسسها(ب).

[227] محمد صالح بن عيسى: الدعوى المتعلقة بمسؤولية الإدارة أمام المحكمة الإدارية في مقال في أعمال الملتقى المنعقد من 27 إلى 29 نوفمبر 1996 بتونس إصلاح القضاء الإداري، تحت إشراف م.ع. فاضل موسى مركز النشر الجامعي 1997، ص. 147.

[228]. Trib. des conflits 8 février 1873,D.1873,3,17 ; S.1873,3,153, concl. David ; GAJA, Sirey, Droit public, n°1. : « La responsabilité qui peut incomber à l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans les services publics ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil pour les rapports de particuliers à particulier. Que cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue ; qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés ». Arrêt de conflit Dupart, D.1845,3,3.

وقد دافع شق من الفقه عن هذه الإستقلالية

Maryse Deguergue, Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative, LGDJ, 1994, préface J.Morand-Devillier, p.92s. 655s.

[229] M. Fabre-Magnan, Droit des obligations, t. 2, Responsabilité civile et quasi-contrats, Thémis droit, PUF. 2007, n°3, p.5.

## أ ــ النصوص

الأمر العلي الصادر في 27 نوفمبر1888، هو أول النصوص المنظمة للمسؤولية الادارية، وقد أسند الاختصاص للمحاكم المدنية في تونس و حدد اجراءات القيام لديها. والطريف أن مجلة الالتزامات والعقود احتوت هي الأخرى على أحكام تنظم المسؤولية الإدارية، وردت في الفصلين 84 و85 م ا ع. واتجهت المحاكم التونسية إلى تطبيق هذين النصين دون اعتماد الأمر العلي الصادر في 27 نوفمبر 1888 ، في حين أن المحاكم الفرنسية تبنت اتجاها معاكسا يقصي أحكام المجلة ويأخذ بالأمر المذكور[230]، حتى عند صدور أمر مؤرخ في 30 جوان 1901، ينص في فصل وحيد على تطبيق أحكام ما سبق من القوانين فيما يتعلق بديون الدولة، والمجالس البلدية، والإدارات العمومية، والشركات بأنواعها، والذوات المعنوية التي لنظر الدولة، وبمقتضى ذلك، يبطل كل ما خالف ذلك من الأحكام، سواء كانت صريحة، مثل سقوط الدعوى بمرور الزمن، والامتياز المتعلق بمطالب الدولة وغير ذلك، أو غير صريحة. وقد تمادت المحاكم التونسية على موقفها حتى بعد صدور القانون المؤرخ في 1جوان 1972، رغما تواتر القرارات الاستئنافية الإدارية، التي تستبدل بانتظام أحكام مجلة الالتزامات والعقود بسند الأمر العلي لسنة 1888[231]. وأبقت بعض

230 محمد صالح بن عيسى، المقال المذكور، ص. 148، وما بعدها والمراجع الفقهية المذكورة، خاصة عبد الله الهلالي: حول المسؤولية الإدراية في القرارات الاستئنافية لمحكمة الوزراة الكبرى 1921.1955 في أعمال الملتقى حول مائوية أمر 27 نوفمبر 1888 ، ص. 189 إلى 208، 1992 تونس، مركز الدراسات والبحوث والنشر.

Mohieddine Mabrouk, Traité de droit administratif tunisien, T1, Tunis 1974 p.295. s.

231 القضية عدد 954 في 21 أكتوبر 1991، المكلف العام بنزاعات الدولة (وزارة الدفاع الوطني ضد ورثة أحمد الرباعي. والقرارات في هذا الاتجاه عديدة. ومع ذلك فإنه يغلب في الفقه من يناصر نسخ الأمر المؤرخ في 30 جوان 1907 للفصلين 84 و85 م. ا. ع محمد المالقى: محاضرات في شرح القانون المدني، مركز النشر الجامعي. الطبعة 117.

Mohieddine Mabrouk, Sur la responsabilité de la puissance public tunisienne, R.T.D 1969, 1970.p.139.



القرارات عليها متعللة بأن أمر 30 جوان 1907 جعلها سارية في خصوص ديون الدولة[232]. وقد تم تنقيح القانون عدد 40 لسنة 1972 بمقتضى القانون عدد 39 لسنة 1996 المؤرخ في 3 جوان 1996، و أحدث مجلس تنازع الاختصاص بمقتضى القانون عدد 38 الصادر في 3 جوان 1996 أيضا، ايتولى توزيع الاختصاص بين المحاكم العدلية والمحاكم الإدارية.

مجمل هذه النصوص يضع نظاما متوازيا للمسؤولية الإدارية مع المسؤولية المدنية. فهل أن الأسس والمبادئ الأصلية تختلف بينهما؟

## ب ــ أسس المسؤولية الإدارية

69. يغلب لدى المحكمة الإدارية الاتجاه الذي يرجح استقلالية المسؤولية الإدارية عن المسؤولية المدنية، وتميزها بخاصيات تمنحها سمات لها وحدها [233]، حتى وإن كان الرجوع إلى أحكام الثانية مسموحا به، طالما كانت غير متعارضة.

232 المكلف العام بنزاعات الدولة في حق وزارة الداخلية ضد ورثة نعيم بن الطيب بن الحاج حسين قرار عدد 1456 في 4 ديسمبر 1995.

233 A.R. Ghrab, L'autonomie de la responsabilité de la puissance publique, in La responsabilité des personnes publiques, Actes du colloque des 10 et 11 avril 2008, sous la direction de H. Ben Salah et A. Aouij,Tunis 2009, p. 125.

قضية عدد 998 في 23 نوفمبر 1992. المكلف العام بنزاعات الدولة في حق وزارة الداخلية ضد ورثة نزيه بن بكار العوني، قضية عدد 512 بتاريخ 15 ماي 1989 . المكلف العام بنزاعات الدولة في حق وزارة الداخلية ضد صالح الرهيمي وأحمد العبودي. وفيه تفريق واضح بين إجراءات القيام لدى المحكمة الإدراية في دعوى المسؤولية والإجراءات الواردة بمحكمة المرافعات المدنية والتجارية في فصولها 14 و70. المحكمة الإدارية استئناف عدد 24478 في 26 فيفري 2004. المكلف ضد علي وكمال وأحمد بن حمودة. غير منشور، مذكور في مقال خليل الفندري المسؤولية الإدارية على أساس الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة في ملتقى المسؤولية الإدارية سابق الذكر، ص. 89.

وتذكر شروط المسؤولية الإدارية بشروط المسؤولية المدنية لقيامها على فعل ضار, ضرر و علاقة سببية.

تقوم المسؤولية الإدارية على خطأ الإدارة، وهو الخطأ اللصيق بسير المرفق العام، حتى وإن كان الخطأ الشخصي للموظف فاحشا، طالما أنه متصل بذلك المرفق[234]. وهو ما يتسق مع أحكام الفصل 17 من قانون المحكمة الإدارية، — ومن قبله أمر نوفمبر 1888 — ، الذي تعرض إلى مسؤولية الإدارة عن أعمالها غير الشرعية، وعن قيامها بعمل بدون حق[235]. وتخفيفا منها لعبء الإثبات عن المتضرر، مازج القضاء الإداري أحكام النظام الذاتي مع قرينة الخطأ، فلم يغادر تلك البوتقة، ولكنه أنشأ منها قرينة على كاهل الإدارة. ومن تلك التطبيقات ما أرساه القضاء الإداري من قرينة خطأ مستمدة من فداحة الضرر وعدم تناسبه مع الغاية من الإقامة الاستشفائية[236]، وكذلك في مجال الأضرار العرضية للأشغال العمومية، لقيامها على قرينة خطأ تتمثل في عدم الاعتناء العادي بالمنشأة[237].

---

234 القرارات المذكورة في مقال ناجي البكوش المسؤولية الإدارية اليوم . ملتقى المسؤولية الإدارية اليوم سابق الذكر، ص. 26 وما يليها.

235 المقال السابق، ص. 28.

236 القضية عدد 1078 في 31 ديسمبر 1993 م. ع. ن. في حق وزارة الصحة العمومية ضد عمر الحفصي : حيث تكون قرينة الخطإ محمولة على الادارة كلما حصل للمريض ضرر فادح لا يتناسب مع السبب الذي دخل من أجله المستشفى أو تلقى الفحص، وحيث أن الضرر الحاصل للمستانف ضده كان فادحا...لا يتناسب البتة مع الحالة الصحية للمتضرر قبل دخول المستشفى التي كانت معتدلة...ولا مع الطبيعة البسيطة للفحص... واعتبارا أنه يعسر على المريض إثبات الخطإ المرفقي أو الشخصي الذي يتصل بالفعل الضار، فإن قرينة الخطإ تكون محمولة في هذه الحالة على جهة الإدارة. مذكور في مقال بن عيسى المذكور سابقا ، ص. 160.
Med. Ridha Jenayah, La responsabilité de la puissance publique sur des dommages résultant du fonctionnement des services hospitaliers A.J. Tunisien, n°4, 1990 p.35 s.

237 ابتدائي عدد 17547 في 13 جويلية 2001 بوجناح ضد بلدية نابل.



ولكن الخطأ لا ينفرد بمركز الأساس في المسؤولية الإدارية. فهي تعرف أيضا نفس التقسيم المقبول في القانون الخاص بين الأحكام التقليدية الذاتية والأحكام الموضوعية[238].

ونلمس تطبيقا لها من خلال نظرية المخاطر[239]. وقد اتسمت قراراتها الصادرة في نطاق الأضرار عن الأشغال العامة، واستبدلت أساس الخطأ فيها بتلك النظرية الموضوعية[240]، وقد جاء قرار البلغوثي الصادر عن المحكمة الإدراية تحت عدد 599 في 2 مارس 1990 مجسما لإرساء هذه النظرية من القضاء الإداري. ومن تطبيقاتها أيضا ما انتهى إليه ذلك القضاء في خصوص انفجار القذائف[241]، أو الأضرار اللاحقة من الأسلحة النارية[242]. ولا يحجب تذبذب القضاء بين الخطإ والمخاطر[243]، اقتحام هذا السند الموضوعي حلبة الأسس التي أثرت في أحكام المسؤولية الإدارية. وقد أشفعه بسند موضوعي

---

238 M.S. Ben Aissa, Responsabilité pour faute et responsabilité sans faute dans la jurisprudence du Tribunal Administratif tunisien, in Mélanges, R. Chapus, Monchrestien 1992, p. 57.

239 S. Dabbou Ben Ayed, L'évolution de la responsabilité pour risque: socialisation des risques et principe de précaution, in La responsabilité des personnes publiques, préc. p.23.

240 T. Bouachba, La responsabilité administrative devant le tribunal administratif, Servir n°41,1988, p.19.s.
مبروكة الصيد، المسؤولية الإدارية المبنية على نظرية المخاطر المستحدثة، الدراسات القانونية 2006، ص. 91، خاصة ص. 103. حسن الرياحي، المسؤولية الإدارية عن الأشياء الخطيرة في فقه قضاء حديث للمحكمة الادارية، مقال في الملتقى المنظم حول مسؤولية الذوات العمومية يومي 10 و11أفريل 2008، تحت إشراف حافظ بن صالح وآمال عويج، تونس 2009، ص.5.

241 حكم ابتدائي في 28 ديسمبر 2001 ورثة علي بوارس ضد م. ع. ن. د. في حق وزارة الدفاع الوطني.

242 قرار استئنافي في 31 أكتوبر 2003، المكلف العام بنزاعات الدولة ضد ورثة زهير هنيد الذي أكد" أن السلاح الناري يعدّ من الأشياء الخطرة التي يترتب عن الأضرار الناتجة عنها انعقاد مسؤولية الإدارة المؤسسة على المخاطر طبقا لمقتضيات الفصل 17 جديد من قانون المحكمة الإدارية".

243 مبروكة الصيد، المقال السابق ص. 125.

آخر، استلهمه من المساواة أمام الأعباء العامة[244]، رغما عن صلته الثابتة بالخطإ في بعض التطبيقات. وقد ورد في قرارات صدرت في ميادين شتّى، مثل الارتفاقات الإدارية والانتزاع للمصلحة العامة، وكذلك عن الأضرار اللاحقة بسبب الأشغال العامة[245]، بشرط أن تكون غير عادية، تخرج عن " طاقة ما يمكن تحمله في صالح المجموعة "[246].

وتثبت المسؤولية التعاقدية الإدارية على أساس موضوعي، كلما تسببت في انخرام التوازن المالي في العقد، وهو اساس خاص بها، ذلك أن الأسس السابقة مقصورة على المسؤولية التقصيرية الإدارية.

وتقبل المسؤولية الادارية بأحكام الضرر وميزاته المتعارف عليها في نظريتها المدنية، فيجب أن يكون ثابتا ومحققا، وإن كان مستقبليا. ويتميز مع ذلك بالتعويض عن ضياع الفرصة[247].

---

244 خليل الفندري المسؤولية الإدارية على أساس الإخلال بمبدإ المساواة أمام الأعباء العامة، دراسات قانونية، المصدر المذكور، ص.75.
W. Ferchichi,La responsabilité civile et administrative dans le droit de la construction en droit tunisien et en droit français, Etudes juridiques, n°11, 2004, p. 211, sp. 224s. ; I. Saouli, La responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques, in La responsabilité des personnes publiques, colloque préc. p.13.

245 القضية عدد702 في 13 جانفي 1992، الصادق قربوج ضد وزارة الفلاحة.. استئناف عدد21905 بتاريخ 19 نوفمبر 1999. الديوان الوطني للتطهير ضد المنصف درويش، مجموعة القرارات الإدارية 1999،ص.502. الفندري، ص.83.

246 تستشف هذه الميزات من قرار شركة ن.بروديكسيون ضد المكلف العام بنزاعات في شخص وزارة الثقافة في 12 جوان 1989 مجموعة قرارات المحكمة الإدارية1988-89-90،ص.180. المحكمة الإدارية، استئنافي عدد 21720 في 10 مارس 2000، نور الدين وعلي القرقوري ضد المكلف العام بنزاعات الدولة غير منشور، مذكور من خليل الفندري، المقال المذكور، ص.85.

247 قضية عدد 191 في 26 ماي 1983 المكلف العام بنزاعات الدولة في حق وزارة المالية ضد م.بيبيرو ويتم التعويض أيضا عن الضرر المادي والمعنوي مع تعويض عن الضرر الجمالي ويقبل القضاء الإداري بمبدأ التعويض الكامل فلا يقل عن حقيقة الضرر. وبالنسبة لركن السببية فإنها من شروط تلك المسؤولية وتنخرم تلك العلاقة بالقوة القاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر، وهي الأسباب الأجنبية التي تنقطع بها العلاقة السببية في المسؤولية المدنية. كما أن القضاء الإداري يمكن المتضرر من



# شروط المسؤولية

تقوم المسؤولية المدنية باجتماع ثلاثة أركان: الفعل الضار (**باب 1**)، الضرر (**باب2**)، والعلاقة السببية (**باب 3**).

## البـــاب الأول

## الفعـــل الضـــار أو الفعـــل غيـــر المشـــروع

يفيد الفعل الضار ثلاثة معان: الفعل الشخصي، Le fait personnel (**القسم 1**)، وفعل الأشياء، Le fait des choses (**القسم 2**)، وفعل الغير، Le fait d'autrui (**القسم 3**).

### القســم الأول: الفعــل الشخصــي

سيتم التعرض إلى الفعل الشخصي في المسؤولية التقصيرية(**المبحث الأول**)، ثم إلى الخطأ في المسؤولية التعاقدية (**المبحث الثاني**).

### المبحث الأول: الفعل الشخصي في المسؤولية التقصيرية

**70.** رغما عن العودة الملموسة للأسس الموضوعية في المسؤولية، فإن شوكة الخطأ لم تنكسر، ولم تشارف شمسه عن المغيب. فهو يحمل دما متجددا، يستمده من مرونته التي تمكنه من أن يتفاعل مع المعطيات الحديثة التي يغفل عنها المشرع، فيسدّ ثغرات النصوص[248].

---

الاستفادة من احكام التضامن، قضية 1388 بتاريخ 16 جانفي 1985 مكلف عام نزاعات دولة في حق وزارة الفلاحة ضد محمد الطريقي ومقاولة محمد بلقايد." في صورة تعدد المتسببين في المضرة فإن من حق المتضرر القيام على احدهم أو عليهم جميعها متضامنين".

248 Ph. Le Tourneau, et Ali, Droit de la responsabilité et des contrats, précit. n°24, p.18: La faute « *est un remède général aux lacunes du droit, aux défaillances du législateur et aux modifications des*

وتكمل نظرية الخطأ وظيفة المسؤولية المدنية، فكما تم التأكيد على غايتها التعويضية من خلال الأسس الموضوعية، ذكر الخطأ بتداخل تلك الغاية مع الوظيفة الوقائية للمسؤولية ودورها في إرساء القواعد السلوكية[249].
rôle normatif

الخطأ مصطلح شائع ومتداول، ولكنه يستعصي مع ذلك عن التأصيل، ليبقى متأثرا من هذه الناحية بكل محاولة فقهية سعت إلى هذه الغاية [250]. ويبقى تعريف بلانيول للخطأ ــ من أنه إخلال بالتزام سابق[251] ــ أشهر التعريفات. وكان منطلقا لنقاش نظري عريض. فنظريته أسست الخطأ على الفعل غير المباح Théorie du fait illicite، وبنته على عمل محظور قانونا. واعتنق عديد الفقهاء هذه النظرية. ولكنهم لم يطروا عليها جميعا، لأن المعترضين عليها كثيرون. فالفعل غير المباح مصطلح غامض وملتبس، لا ينير السبيل لمن ينشد الوضوح. وأثار أيضا تحفظا ملموسا لدى الفقه الفرنسي، لأنه يشكّل مفهوما أساسيا للخطإ في الأنظمة الألمانية والسويسرية. وانبنى رفض المعادين لتعريف بلانيول أيضا على عدم قدرته على تبيان الالتزامات[252] التي يجب

*données* »; Ph. Le Tourneau, Pour une refonte du droit de la responsabilité civile, in Colloque sur L'actualité de la responsabilité civile, n° spécial, A.J. n° 17, 2004, p.187, sp.189s.

249 Farida Arhab, Les nouveaux territoires de la faute, resp. civ. et ass. 2003, n°6, p93.

250 راى فيه Savigny إخلالا بواجب قانوني واخلاقي يقوم على عدم الاضرار بالغير. أما Josserand، فيرى أن الخطأ إضرار بحق دون ان يكون في وسع المعتدي ان يعارض بحق أقوى، أو حق مماثل. وقد بقيت في مجملها منتقدة، لأنها تتسم بالغموض والنقصان وعدم الدقة. فهي تؤكد كلها على عنصر عدم المشروعية في الخطإ، بدون أن تحدد في نهاية الأمر الواجب الذي يجب احترامه، والذي يرتب الخطأ عند الاعتداء عليه.

251 « *Violation d'une obligation préexistante* », Planiol, traité élémentaire de droit civil,T. II, 11ème éd. n°863.

252 وكان الأجدى استعمال مصطلح "الواجب"، عوضا عن الالتزام، لارتباطه بداهة بالعقد.
Savatier,Traité de la responsabilité civile, T.I, Les sources de la responsabilité civle,2ème,éd.LGDJ.1951, n° 4.



احترامها، والتي يؤدي التعدي عليها إلى قيام الخطأ[253]. وقدمت نظرية الحرص والحزم Théorie de la prudence et de la vigilance ، بواسطة الفقهاء مازو، معيارا آخر لتحديد معالم الخطأ، للتأكيد على أنه انحراف عن السلوك العادي Ecart de conduite، لا يصدر عن رجل حريص وحازم[254]. ويرتبط مبدئيا بالقواعد التي تضبطها النصوص القانونية، دون أن ينحصر في نطاقها. فالحزم يقتضي احترام قاعدة سلوك اجتماعية أساسية وجوهرية، تفرض السلوك اليقظ والحازم[255]. ولم تكن هذه النظرية أكثر نجاحا في توضيح مضمون الخطأ، ولم تتقدم عن التي انتقدتها. فالفرق بين الفعل غير المشروع والانحراف عن السلوك منعدم، ولا يعد الأمر أن يكون مقارعة لفظية، بالإضافة إلى أن الغموض بقي يلف هذا المعيار أيضا[256].

**71.** وتنقسم الأنظمة إلى أنظمة أرست باعتماد الخطأ مبدأ عاما، وأخرى لم تتبن نفس المنهج لتعتمد موقفا مخالفا. ويكون القانون التونسي في الصنف الأول، تماما كما هو الشأن للقانون الفرنسي. فكلاهما ضبط بالتوالي، في الفصول 82 و83 م إ ع، و1382 و1383 م م ف قاعدة واضحة، يتحقق فيها الخطأ بدون قيد أو حدّ[257]. أمّا النظام الألماني في الفصل823 من المجلة المدنية

253 H. et L. Mazeaud, Traité, t.1, 6ème par A. Tunc n°389. ; G. Marty, Illicéité et responsabilité, Etudes L. Julliot de la Morandière, p.339s ; Marty et Raynaud, Les obligations, 2e éd.t1, n°454.s.

254 H.et L.Mazeaud, préc.n°416s.

255 M. Puech, L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle, L.G.D.J. 1973, n°25.

256 Viney et Jourdain,Les conditions, n°443, p.322.

257 في حين أن القانون الأنجليزي توخى إحصاء الجنح المدنية الخاصة وشروطها و ما يرتبط بها من واجبات.
P. Giliker, Le rôle de la faute dans l'avant-projet de réforme, in Regards comparatistes sur l'avant-projet de la réforme du droit des obligations et de la prescription, sous la direction de John Cartwright, Stephan Vogenauer, et Simon Whittaker, p.315, sp. 316.

الألمانية ، وما جانسه مثل النظام السويسري في الفصل 41 مجلة التزامات سويسرية ، وما تأثر به كالتقنين الهولاندي في الفصل 162 ف. 1و6 ، والفصل 163 ، فقد تبنّت نظرية نسبية للخطأ، المستمدة من القانون الروماني ومن قانون أكيلا relativité aquilienne [258]. فكل انحراف للسلوك لا يشكل خطأ إلا إذا كان سببا في ضرر معين يحميه القانون، وحقق أذى لشخص موضوع حماية من القاعدة القانونية.

تمتاز مجلة الالتزامات والعقود بإحاطة مسهبة بأحكام الخطأ، ارتقت إلى شبه تنظير كامل ودقيق، في حين أن نظيراتها لم تتوخ هذه المنهجية، لتتبناها في مشروع التنقيح، كما هو الشأن بالنسبة للمجلة الفرنسية[259]. وسنقف على بعض جوانبه من خلال دراسة عنصريه(**فقرة أولى**)، فأنواعه(**فقرة ثانية**)، ودرجاته (**فقرة رابعة**). وتستوقفنا في الأثناء مسألة وجود الخطأ عند ممارسة الحق (**فقرة ثالثة**).

## الفقرة الأولى: عنصرا الخطإ

يستنتج من الفصل 82 م ا ع أن الخطأ يقوم على فعل غير مشروع أو غير مباح.

فهو إخلال بواجب عرفي، أو قانوني، أو قضائي. ويتأسس من عنصرين: الأول هو التعدي(أ)، والثاني هو إدراك التعدي(ب).

258 J.Limpens, La théorie dite de la relativité aquilienne, Mélanges offerts à R.Savatier, p.539.

259 J.S. Borghetti, La définition de la faute dans l'avant-projet de la réforme du droit des obligations, in Regards comparatistes sur l'avant-projet de la réforme du droit des obligations et de la prescription, sous la direction de John Cartwright, Stephan Vogenauer, et Simon Whittaker, p.295.



### أ ـ التعدّي: La transgression

72. هو العنصر المادي للخطأ. ويعني الإخلال بالواجب، أو الانحراف عن السلوك المتعارف عليه. ويقتضي دراسة نقطتين: مفهومه(1)، ثم التعدّي المشروع(2)، قبل التعريج على مبدأ الحيطة وعلاقته بالتعدي(3).

#### 1 ـ مفهوم التعدّي

التعدّي يرتبط بخرق الواجب الذي يضبطه القانون، أو العرف، أو القضاء. ويكون الزيغ عنه مؤسسا للركن المادّي للخطإ، فيتأسس مثلا عندما يتعدّى إنسان على آخر في بدنه، أو في ماله، أو سمعته، كأن يشتكي شخص إلى وكالة الجمهورية بشخص آخر، و لم يؤدّ هذا التتبع إلى إثارة دعوى جزائية[260]. وقد يكون هذا الواجب عرفيا يقوم على عدم احترام سلوك مألوف لدى الناس ويمكّن العرف من ضبط السّلوك الذي يجب إتباعه والذي يتطابق مع تصرفات العموم. هناك أنظمة ترتب الخطأ عن سلوك تعدّه أنظمة أخرى تصرفا عاديا. ومن أمثلة السلوك الاقتصادي ما يؤيد هذا الرأي. ففي قضية القسائم المتقاطعة Coupons croisés شركة Coca Cola تسيطر في أوروبا وفي فرنسا على 85 % من سوق المشروبات الغازية والبقية 15 % تابعة لشركة Orangina. ودأبت شركة كوكا كولا على تمكين كل من يشتري

260 تعقيبي مدني عدد 2004 في 12 ديسمبر 2000. ن. ص. 141. ويشهد القضاء تحولا عن هذا الموقف في آخر قراراته. تعقيبي مدني عدد 9075 في 27 جوان 2006 ، ن. ص. 63. تعقيبي مدني عدد 665 مؤرخ في 29 سبتمبر 2006، م. ق. ت. 2007، عدد 84، ص. 155. إن القيام بطلب التعويض عن الأضرار الناجمة عن مواجهة التتبع الجزائي المشار ضد القائم والمدعي بصدور حكم بات قاض لفائدته بعدم سماع الدعوى العامة لا تتوفر فيه أركان المسؤولية التقصيرية على معنى أحكام الفصل 83 م. ا. ع، لأن المدعي مارس حقه الشرعي في التقاضي وأثير التتبع الجزائي من طرف النيابة العمومية، فضلا عن أن القضاء بعدم سماع الدعوى لم يكن لعدم ثبوت التهمة، بل لسقوطها بمرور الزمن. كذلك، تعقيبي مدني عدد 29529، في 26 نوفمبر 2009، غير منشور, الذي يربط المسؤولية المدنية القائمة على التظلم بشرط الإيهام بجريمة أو تعمد الادعاء باطلا.

مشروبا منافسا من أورنجينا من تخفيض بواسطة قسيمة دفع من منتوجها. فهل أنَ هذا التصرف عادي، أم هل أنه يقوم على تطفل تجاري غير مشروع، يحمل انحرافا عن قانون المنافسة واستقطاب للحرفاء المنافسين؟ المحاكم الأمريكية وجدت أن هذا التصرف يتماشى مع أحكام السوق ولا يحمل أي خطإ. ولكن القضاء الفرنسي اعتبر أن هذا الأسلوب فيه تطفل غير مشروع ومنافسة غير مشروعة، ويرتّب الخطأ والمسؤولية التقصيرية. في حين أن الموقف الماديّ النفعي للاقتصاد الأمريكي جرّ المحاكم الأمريكية إلى اعتبار الأمر عاديًا، لأنه يمكن المستهلك من الاطلاع على مختلف البضائع ويقارن أثمانها[261].

نفس الأمر يتعلق بالختان. ففي مجتمعات يعدّ عرفا محمودا للذكر، وفي بعضها الآخرللإناث. أمّا المجتمعات الأوروبية، فقد اعتبرته مرتّبا للمسؤولية المدنية، لأن فيه اعتداء على الحرمة الجسدية.

ثم إن السلوك قد يكون مقبولا في بعض الأنشطة الخاصة مثل بعض الأنشطة الرياضية، فالتلاكم في الملاكمة هو أساس هذه الرياضة، والتدافع في رياضة الرقبي مشروع فيها، وهو يرتب المسؤولية التقصيرية في النشاط العادي.

### 2 ــ التعدّي المشروع

تحدثت مجلة الالتزامات والعقود عن بعض الحالات التي يكون فيها التعدي مشروعا. وتقوم حالات الإكراه المعنوي، والضرورة، والدفاع الشرعي، كوضعيات للتعدي المشروع.

261 Civ. 28 Août 2000, Droit et Patrimoine 2000, p. 28.



### ــ الإكراه المعنــوي

73. الإكراه المعنوي يقوم على تهديد شخص بالأذى، إن لم يأت ضررا أو اعتداء على آخر. ويكون الفعل تحت وطأة تهديد وضغط شديدين. والإكراه لا يعدم الإرادة، إلا أن دائرة الحرية بها تضيق ضيقا شديدا. فإن وجدت، فهذا لا يعني أنها تعتبر قانونية. "فالمكره مختار لما أكره عليه، ولكنه مختار لأهون الشرين، وبيان ذلك أن الملابسات التي أحدقت بالمكره لم تمل عليه سبيلا واحدا، يتعين عليه سلوكه، كما في الإكراه المادي، بل جعلت إختياره بين السبل التي يستطيع سلوكها شاقا، بحيث لم يعد متمتعا بحرية الإختيار"[262].

### ــ حالــة الضــرورة

74. الفصل 162 م م المصرية يعرّف حالة الضرورة كالآتي: "من سببّ ضررا للغير لتفادي ضرر أكبر محدق به أو بغيره لا يكون ملزما إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسبا".

حالة الضرورة في القانون المدني تقوم على ثلاث شروط:

**أولا:** أن يكون الشخص مهدّدا في ماله أو في نفسه أو في الغير.

**ثانيا:** أن يكون الخطر المحدق به خارجا عن إرادته، فإن تولى إحداث الخطر، كان مسؤولا عن ذلك.

**ثالثــا:** أن يكون الضرر الذي أريد تجنبه أكبر من الضرر الناتج عن فعل الضرورة.

262 وحيد الدين سوار، الالتزامات، ف. 695، ص.72.

وهي تبسط ترجيحا بين ما يتم انقاذه وما يتم التضحية به. فالقانون المدني يشترط تفاوتا بين الضرر المراد تفاديه والضرر الذي تحقق، فإذا حوّل إنسان وجهة سيارته ليتفادى مجمعا من الناس فألحق أضرارا بمزروعات اعتبر التفاوت منطقيا. وفي الحالة المغايرة لا تقوم حالة الضرورة ويلزم بالتعويض عن تلك الأضرار. ومن الشواهد عليه، وضع صياد اضطر إلى إطلاق النار على أنثى دب محمية حتى ينجو بنفسه من سطوتها، دون أن يعد في حالة ضرورة، نظرا لأنه أخطأ لما اقترب من المنطقة التي ترتادها، لا سيما وأنه بخبرته كصياد محنك، كان عليه أن يتوقع تواجد الحيوان المفترس في المكان[263].

يرى الفقه أن المتضرر محق في التداعي على أساس الإثراء بدون سبب، إن توفرت شروطه[264]. وتفترق حالة الضرورة عن حالة الإكراه المعنوي لأن الأولى تقتضي من المدين تقديرا لكيفية الخلاص من الخطر، وتحري السبل لتجنبه، دون أن يجابه عمدا لهذا الخطر، ودون أي ضغط في توسل الطريقة للخلاص منه، أمّا الثانية فإنها تحد كثيرا وبشكل ظاهر حرية المدين، إذ يتجه عمدا إلى إرتكاب الخطإ درءا للخطر.

## - حالة الدفاع الشرعي

75. تعرض لها الفصل 104 م إ ع الذي ينص في فقرته الثانية "لا ضمان على من اضطر إلى الدفاع الواجب... الاضطرار إلى الدفاع هو حالة

[263] CA Pau, 10 sept. 2009, D. 2010, p. 484, note T. Potaskin.

[264] وحيد الدين سوار، المصدر السابق، ف. 696، ص.74.



من التجأ إلى دفع صولة صائل أراد التعدي على النفس أو المال سواء كان ذلك المدافع أو لغيره"[265].

ويقدم الدفاع الشرعي في القانون الجنائي كحالة من حالات الإباحة. وفيه نظريتان: الأولى تقوم على تحليل نفسي للدفاع الشرعي، يقربه من صورة الإكراه المعنوي، شأن من يدافع عن نفسه تحت وطأة خطر رهيب يفقده الخيار والتصرف الإرادي، فينقاد بشكل غريزي إلى ردّ ما حاق به. ويقترب حينئذ الدفاع الشرعي من أسباب عدم الإسناد. أمّا الثانية، فإنها لا تنظر إلى المؤثرات النفسية التي يخضع لها المعتدي عليه، بل إلى أحقيته في درء الاعتداء، سواء عن نفسه أو عن الغير، لأنه يقوم مقام السلطة الغائبة حينها. وبما أن وضعه قانوني، فلا حق للمجتمع في عقابه. وبتقريبهما من نص الفصل 104 فقرة الثانية[266]، يتضح أن مجلة الالتزامات والعقود قد أخذت بالرؤية الثانية[267]. ولذلك فإن الفصل 104 فقرة الثانية لا يتعلق بخطإ ومسؤولية منزوعين عن ركن الإسناد بل بفعل مباح.

[265] صيغة الفصل 104، ف. 2. شبيهة بصيغة الفصل 166 مجلة مدنية مصرية، "من أحدث ضررا وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه او ماله أو عن نفس الغير او ماله، كان غير مسؤول على ألا يجاوز في دفاعه القدر الضروري، وإلا أصبح ملزما بتعويض تراعي فيه مقتضيات العدالة. وكذلك الفصل 288 من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات المتحدة، "من أحدث ضررا وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه او عرضه او ماله أو عن نفس الغير او عرضه أو ماله كان غير مسؤول عن ذلك الضرر على الا يجاوز قدر الضرورة وإلا أصبح ملزما بالضمان بقدر ما جاوزه".

[266] Mohamed Zine, Quelques aspects des rapports de l'action publique et l'action civile, précit, n°62, p.74.

[267] تماما كما هو الشأن بالنسبة للقانون المصري وقانون دولة الإمارات المتحدة، وقد يكون ذلك بتأثير من الفقه الإسلامي. ويضاف أن الفصل 104 م إ ع كان المادة 89 من مشروع سانتيانا، وقد رجع في موارده المادية إلى المجلة الألمانية (ف. 22) والمجلة السويسرية (ف. 66)، الذين يجعلان من الدفاع الشرعي سببا موضوعيا لانتفاء المسؤولية المدنية. محمد الزين، المقال السابق ف 63، تعليق 155، ص. 75.

وإذا ما تم تقريب الفصل 104 فقرة الثانية من النظرية الجنائية للدفاع الشرعي نلاحظ أنها تقوم على ثلاث شروط: وجود الخطر وعدم إمكانية دفعه، وأن يكون ذلك بسبب فعل غير مشروع، وأن يتم دفعه ضرورة بالقدر اللازم لذلك.

ولكن المقاربة مع الفصل 39 م ج لا تفضي إلى الوقوف على نفس التوازي، لأن الدفاع الشرعي ضيق المجال. فهو يتعلق بإسناد الجريمة، ويعتبرها مؤسسة إذا كان المعتدى عليه أجنبيا وتوصّل القاضي في تقديره إلى ذلك[268]. فالنص لم يتعامل مع الدفاع الشرعي كسبب من أسباب الإباحة. إلا أن القضاء اعتمد نظرة موضوعية في انطباق الفصل 39 م ج، مقتربا بذلك من شروط الفصل 104 م إ ع[269]. وإذا كان دفع الاعتداء بواسطة لا تتناسب مع جسامة الخطر، فإن المسؤولية المدنية تترتب في حدود ما يزيده المعتدى عليه لردّ الاعتداء. فمثلا إذا كان الهجوم بشفرة حلاقة أو مدية حديدية، فلا يمكن اعتماد مدفع رشّاش، إذ لا بد من التناسب بين الهجوم والدفاع، وإلا ترتبت المسؤولية التقصيرية، وذلك لأن عدم التناسب يصبح فعلا غير مشروع.

فهل تكون مجانبة مبدأ الحيطة سلوكا غير مباح؟

---

268 محمد الزين، المقال السابق ف. 63، ص. 76. ولكن القضاء التونسي قرب الدفاع الشرعي من الموقف الموضوعي.

269 نفس المصدر، وتحليل القرارات، ص. 78. بالنسبة للكاتب، من فوائد المقاربة بين القانون الجزائي والقانون المدني عند اعتماد نظرية وحدة الخطأين، إمكانية القاضي المدني ترتيب المسؤولية المدنية على أساس الفصل 104 م. إ. ع، وعلى أساس الفصل 39 م. ج. عند الحكم بعدم سماع الدعوى.



## ـ التعدّي ومبدأ الحيطة: Le principe de précaution

76. تمتاز المسؤولية المدنية[270] بحرصها على الجانب التعويضي. ولكنها أصبحت تمتاز أيضا بحرص يضاهي الأول على توقي السلوك الذي يسبب المخاطر[271]، حتى الافتراضية منها[272]، تلك التي لا يجزم بوقوعها ويحوم حولها الشك[273]، ليصبح التصدي لها قرارا ملحا[274]. وجاء هذا الدور بفضل التقدم العلمي الهائل الذي كشف عن عديد الاحتمالات التي ترتبط بعديد الأنشطة ليؤكد على واجب الحيطة[275]. ويعد وفقا لهذا المبدإ قائما على الخطإ كل تصرف لم يأخذ الاحتياط الضروري، ليس عند وجود خطر مرتقب، بل حتى عند احتمال الخطر أو الشك فيه[276]، ليسد الذرائع في وجهه. ويختلف عن واجب الوقاية والاحتياط الذي يشجب سلوكا يرتبط مع مخاطر أيقن العلم بها[277]. ويفيد هذا التحليل تقييما لاحقا a posteriori للسلوك. فكلما شذ عن

---

270 حول المسؤولية الإدارية في القانون الفرنسي.
M. Deguergue, La responsabilité administrative et le principe de précaution, Rev. Juris. Envir. 2000, n° spécial, p. 105.

271 A. Schneider, Le principe de la responsabilité et les notions de droit et de devoir : pour une responsabilité de l'anticipation, Doctrine, G.P., 16, 17 mai 2008, p. 1327s

272 J.M. Favret, Le principe de précaution ou la prise en compte par le droit de l'incertitude scientifique et du risque virtuel, D. 2001, p. 3462.

273 G. Martin, le principe de précaution. D. 1995, p.229.

274 F. Ewald, Le principe de précaution, PUF, 2001, coll. Que sais- je, p. 26.

275 J.P.Désidéri, Le principe de précaution dans la recherche scientifique, Droit et patrimoine 2000, n°86, p.88.s.

276 Le principe de précaution tend à considérer comme fautif non seulement celui qui n'aura pas pris des mesures de prévention du risque connu ou prévisible, mais également celui qui, en situation d'incertitude ou de doute, n'aura pas adopté une démarche de précaution consistant par exemple à retarder la mise en vente d'un produit.

277 D. Tapinos, Prévention, précaution et responsabilité civile, risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité

الحيطة والتروي في وجود الخطر واحتماله، قام الخطأ بشرط أن يكون جديا وخطيرا [278]. ويدعو هذا إلى تدقيق اصطلاحي، ووقوف على التفريق بين الحيطة كمعيار للخطإ وبين المبدإ في حد ذاته. فاعتبار الحيطة نمطا سلوكيا يقوم على الالتزام بالحزم والحذر[279]، ينتهي بإلحاقه بقاعدة الخطإ الشخصي، فيصبح من روافده المستحدثة[280]، حتى وإن لم يبلغ في تطوره حسب بعض الفقهاء مرحلة إملاء قواعد سلوكية محددة يتأسس الخطأ عند الزيغ عنها[281]، لتكون الدعوى تعويضية عندما تستند إليه.

civile, préf. N. Molfessis, L'Harmattan, 2008, n° 12, p. 26 ; n°105, p. 76 : Il faut, en plus, que l'hypothèse avancée ait fait l'objet d'une certaine vérification sans pour autant que les incertitudes scientifiques soient parfaitement élucidées sous peine de renvoyer alors à un risque avéré relevant de la prévention. n° 106, p. 76 : Concrètement, l'établissement d'une distinction entre la prévention et la précaution, sous l'angle de la responsabilité civile, nécessite donc de déterminer pour chaque type de risque scientifique et technique la sortie de la période d'ignorance du risque ainsi que le point de départ des périodes de précaution et de prévention.

278 هناك اتجاه فقهي صير الحيطة مبدأ اساسيا تقوم عليه أحكام المسؤولية المدنية
C. Thibierge, art. préc ; M. Boutonnet, op. cit. n° 1110.

279 P. Bechmann et Véronique Mansuy, Le principe de précaution, environnement et sécurité alimentaire, Litec n°232, p.100.

280 حول النقاش.
M. Boutonnet, th. n°23, p. 12.

281 Ph. Brun, Responsabilité civile extracontractuelle, Litec, 2009, n° 318, p. 201.
ومع ذلك تلوح في فقه القضاء الفرنسي إرهاصات تجسم اعتماد الحيطة في ترتيب المسؤولية
T.G.I. Grasse, 17 juin 2003, Resp.civ.ass 2003, p.6., confirmé par C.A. Aix- en Provence, 8 juin 2004, D. 2004, p. 2678, note M. Boutonnet ; R.T.Dciv. 2005, p. 146, obs. Jourdain. ; M. Boutonnet, Bilan et avenir du principe de précaution en droit de la responsabilité civile, chr, Dalloz, 2010, p. 2662.
كما يتميز الدستور الفرنسي بقبول هذا المبدأ بمقتضى القانون الدستوري عدد 2005-205 المؤرخ في 1 مارس 2005.



ومن أمثلة ذلك ما حام عند اكتشاف جنون البقر، ومرض "كروتزفال جاكوب" Kreutzfeld-Jacob"، من شكوك حول انتقال المرض إلى الإنسان، إذا ما استهلك اللحوم المصاحبة بها. وقبل تحوّل الشك إلى يقين في انتقال المرض، كان مبدأ الحيطة يقتضي عدم ترويجها حتى وإن لم يجزم العلم بحصول العدوى. فعند الشك وقيام الاحتمال يلزم المبدأ بالحذر والإحجام عن كل سلوك قد يؤدي إلى حصول مخاطر لا يقين فيها[282]. وأملى تبعا لذلك عدم استيراد لحوم البقر الانجليزي حتى وإذا كان العلم لا يؤيد إصابة الإنسان.

77. ولا وجود لنص جازم في النظام التونسي يقبل بمبدإ الحيطة قبولا واضحا، رغما عن أن استقراء العديد منها يوحي ضمنيا باعتماده[283]. قد يكون القضاء التونسي قبل به ضمنيا، وأسس المسؤولية على الحيطة في إطار مضار الجوار، عندما ثبتت إحدى شركات الاتصال هوائيا بجانب بعض المنازل. و قد حقق خبير البيئة وجود موجات كهربائية في مسافة خالفت أحكام التوصيات الأوروبية، ومنشورا مشتركا صدر عن وزارتي الصحة وتكنولوجيات الاتصال والنقل، ضبط إجراءات وقائية تجنب توجيه الإشعاع الرئيسي "في اتجاه المؤسسات التربوية، ورياض الأطفال، والمؤسسات الاستشفائية، والإقامات الخاصة بكبار السن "، في مسافة تقل عن 100 متر. ورغما عن اشتراط الضرر الفاحش، فقد ضرب الحكم الابتدائي صفحا عنه، وأقام المسؤولية عن مضار الجوار وما يترتب عنها من جزاء قصد "تجنب قبالة الشرفات والنوافذ والحواجز المعدنية التي من شأنها عكس الذبذبات

282 Pour la relation entre le risque virtuel ou potentiel et le principe de précaution, Afef Hammami ép. Marrakchi, L'intégration du concept de développement durable dans l'ordre juridique tunisien, Th. Faculté de Droit et de sciences sociales Tunis II, 2008.

283 A. Hammami, op. cit. p. 378.

ومضاعفة تأثيرها المحتمل". احتمال الضرر، وليس التكدير الفاحش، هو الذي برر انطباق الفصلين 99 و100 م ا ع. ولم يثن هذا التعليل إقرار الحكم لدى الاستئناف[284]، بل إن القرار مضى قدما في نفس الدرب. فطالما "أثبت الاختبار وجود ضرر يتمثل في تعرض منزل المدعين إلى *مخاطر* الإشعاعات والترددات الكهرومغناطسية وتأثيرها على صحة وسلامة أفراده(...) تعين بالتالي رفع تلك المضرة عملا بأحكام الفصل 99 من م ا ع، دون وجوب *انتظار حصول أضرار بدنية إذ الغاية في مثل هذه الأمور الخطيرة هي الوقاية حتى لاتقع الأضرار البدنية*". وبما أن الاحتمال يرجح بالتساوي حصول الأضرار أو عدم ذلك، مع بقاء شك يحوم حول المسألة، فلا تثريب على من يستخلص استلهام القرار لمبدإ الحيطة فيما ذهب إليه.

والمسار أوضح في القضاء الفرنسي، بفضل الحظوة النسبية التي لقيها المبدأ لديه في القانون[285]، والدستور[286]، حتى وإن كانت خطى القضاء العدلي محتشمة في البداية، مقارنة مع القضاء الإداري، والقضاء الأوروبي. فقد رفض باسم مبدأ الحيطة قبول حالة الضرورة عند اقتلاع مزروعات الذرة

[284] قرار استئنافي عدد 20290 عن محكمة الاستئناف بصفاقس في 12أفريل،2007 غير منشور.

[285] Art. L. 110. II, 1° C. envir : L'absence de certitude, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irrévocables à l'environnement à un coût économiquement acceptable.

[286] O. Gout, Les avancées discrètes du principe de précaution, Res. Civ. ass. 2006, Juillet,Août, p. 7.



ذات الجينات المتغيرة[287]. ولكنه أنشأ مبدأ عاما للحيطة[288] في آخر قراراته[289]، لتتسع مصادره وتشمل فقه القضاء.

فكان هذا المبدأ قد ولج أحكام القانون من باب قانون المحيط[290]. وبدأ الحديث في معاهدة ريودي جنيرو في فصلها 15 عن مبدأ الحيطة والحذر لتبني وسائل تمنع كل مخاطر تحدق بالمحيط[291]. و اندرج هذا المبدأ في المسؤولية المدنية، رغما عن رأي اعتبره مجرد مبدإ سياسي يوجه السياسة التشريعية[292]، ويرتب مسؤولية الدولة فيما يتعلق بعديد الأنشطة المقترنة بالأمن الغذائي، والصحي، والزراعي[293]، والصناعي. وما يهمّنا في هذا الموضع، هو مدى ارتباطه بمسؤولية الأشخاص وبمفهوم الخطأ[294]، وقابليّة هذا المفهوم لاكتساح

[287] Cass. Crim., 7 févr. 2007, J.C.P, G, 2007, II, 10059.

[288] Principe général de précaution, TGI Nevers, 22 avril 2010, cité par M. Boutonnet, Bilan et avenir du principe de précaution en droit de la responsabilité civile, chr, Dalloz, 2010, p. 2662,s. p.2665.

[289] Op.cit., et les décisions citées dans la note 5.

[290] P. Bechmann et Véronique Mansuy, préc. n° 80, p. 35. Sur les origines législatives du principe, Afef Hammami ép. Marrakchi, L'intégration du concept de développement durable dans l'ordre juridique tunisien, Th. Faculté de Droit et de sciences sociales Tunis II, 2008. p.368 .

[291] Idem.

[292] O. Goddard, cité par G.Viney et P. Kourilsky, Le principe de précaution, rapport au 1er ministre, O. Jacob. 2000, p.124, note 187 : le principe de précaution serait un simple principe politique destiné à orienter l'action du législateur et plus précisément des pouvoirs publics. Il serait dépourvu de tout caractère obligatoire, il représenterait une simple norme normale et politique. Il ne constituerait pas une règle juridique.

[293] تم اعتماد مبدأ الحيطة لمنع ترويج بعض أنواع الحبوب مثل الذرة ذات التركيبات الجينية المتغيرة OGM، وذلك لأنها قد تحمل ميزات تجعلها ذات مناعة شديدة في مقاومة بعد المضادات الحية، ورغما عن أن العلم لم يجزم بذلك، بل جزم بعدم وجود هذا الاحتمال، فإن واجب الحيطة يلزم بعدم ممارسة هذه التجارب، وعدم استهلاك تلك الحبوب . والتصرف المخالف يؤسس الخطأ.

[294] G. Martin, Mise en œuvre du principe de précaution la renaissance de la responsabilité pour faute, Cah.dr. entreprise, 1999, n°1, p.3.

مساحات جديدة[295]. وامتدادا لواجب الحزم والحذر أفرز واجب الحيطة التزامات أخرى، يكون الانحراف عنها شذوذا عن السلوك المعقول، وسبيلا إلى قيام المسؤولية على أساس الخطأ[296]. لم ينبهر القضاء العدلي الفرنسي بالمبدإ[297] كما أسلفنا، ولم يمنعه هذا عن تحويل الوقاية من المخاطر كما ارتآها واجب الحيطة، إلى التزام بالحزم في متابعة التطورات العلمية المستحدثة، التي تقلب الشك يقينا.

78. وتمكن الصيغة العامة للفصلين 82 و83 م إ ع من استيعاب الحياد عن واجب الحيطة كخطأ تقصيري لترتّب مسؤولية الحرفي خاصة بانحرافه عن كل فعل يمنع حدوث المخاطر. وبالنسبة للقاضي يصبح تحقيق الضرر سبيلا إلى وصف الخطأ بشكل رجعي[298]، كما كان الشأن في القضايا الاجتماعية، عندما أثيرت مسؤولية المؤجرين عن الأضرار بسبب الأمراض السرطانية عن فعل الأميَنت (الحرير الصخري)، بعد أن تم التأكد من مضارّه، والحال أنه كان في مكونات تجهيز المؤسسة قبل اكتشاف ذلك[299]. ويوسع

[295] بالنسبة للقانون الإدراي الفرنسي، المراجع العديدة في مقال :
F. Arhab, art. précit., n°20, p.52.

[296] L.Baghestani. Perrey, Le principe de précaution: nouveau principe fondamental régissant les rapports entre le droit et la science, D. 1999, ch. p. 457. J.P. Désidéri, La précaution en droit privé, D. 2000. chr. p. 238.

[297] M. Mekki, Cohérence sociologique du droit de la responsabilité civile, Mélanges Viney, LGDJ. 2008, n° 16, p. 754.

[298] Jacotot, le principe de précaution et le renforcement de l'action en responsabilité pour faute, RJE, n° spécial, 2000.p. 91.

[299] وهي إشارة ضمنية لمبدأ الحيطة لأن المخاطر كانت موضوع شك كبير.
Cass. Soc, 22 février 2002, Concl. Benmakhouf, J.C.P, G.2002 II, 10053.
ويعتبر البعض قيام المسؤولية على أساس مبدأ الحيطة حتى عند فقدان الضرر.
C. Thibierge, libres propos sur l'évolution de la responsabilité civile, vers un élargissement de la responsabilité civile, R.T.D, civ 1999, p. 563.



اعتماد مبدإ الحيطة في واجبات أخرى، يكون الإخلال بها مؤسسا للخطأ، مثل واجب الإعلام للمخاطر المحتملة، وواجب المتابعة، بمواكبة الاكتشافات العلمية[300]، وما تحمله من حقائق تدعو لاتخاذ التدابير الملائمة، ومراجعة الفرضيات وردها إلى الحقائق الجديدة.

مبدأ الحيطة رافد من روافد الخطإ، فهو يؤسس المسؤولية الموضوعية، ولا يقف عند عتبته، بل يثريه بمادة مستحدثة، ليبقى هذا المصطلح الذي شاخ وخط الزمن على تقاسيمه تجاعيد عميقة، مصطلحا ثريا كثراء تطبيقاته.

## تطبيقــات الخطــأ

79. تعرض مشروع المجلة إلى تطبيقات الخطأ، بعد أن أورد القاعدة العامة في الفصل 89 ، الذي أصبح في الصياغة النهائية الفصل 82 م ا ع الحالي. وجاء الفصل 94 منه ليعالج الخطأ التقصيري عند ممارسة حرية الصحافة. فكلما كانت أداة للإضرار القصدي باعتبار الأشخاص وسمعتهم ومصالحهم، ومسرحا لترويج ما من شأنه أن يمس منهم قصدا، ترتبت المسؤولية التقصيرية. ويضيف الفصل 94 في فقرته الثانية أنها تثبت أيضا عند الثلب بالقول والأفعال والكتائب المعاقب عليه جزائيا، ووفق قانون الصحافة، ويلزم في الفقرة الموالية الناشر والكاتب متضامنين بالتعويض. ثم بقيت الصيغة برمتها تقريبا في الفصل 87 م ا ع[301].

[300] Obligation de suivi.Voir art. L.221-I-6 C. consommation français, Ph. Le Tourneau, et alii, Droit de la responsabilité, n° 3664, p.983.

[301] الفصل 87 : "من أذاع على طريق صحف الأخبار أو على طريق آخر أو أكد ما هو مخالف للحقيقة ومن شانه ان يخل باعتبار من أذيع عليه ذلك أو بشرفه أو بمصالحه سواء كان شخصا أو جماعة فعليه ضمان ما ينشا عن فعله من الضرر إذا علم أو كان من شانه أن يعلم أن ما نسبه لغيره ليس بصحيح كل ذلك مع ما تقتضيه الأحكام الجزائية.
وهذا الحكم يجري على من قذف غيره بقول أو فعل أو كتاب إذا اعتبر قذفه جنحة على مقتضى الأحكام الجزائية.

**80**. ويبدو هذا الفصل مفرقا بين المسؤولية المدنية القائمة على الفعل الشخصي فقط، وبين المسؤولية المترتبة على وحدة الخطأين الجزائي والمدني. وبذلك فإن استقراء أحكام مجلة الصحافة ضروري لقيام المسؤولية التقصيرية. وتلزم مجلة الصحافة في الفصل 71، بحكم استثنائي، جمع الدعوى العمومية والدعوى المدنية أمام القاضي الجزائي، في صورة الثلب الواقع على معنى الفصلين 51 و53، عدا حالتي الوفاة والعفو العام. ويؤدي الأمر إلى وحدة مدة التقادم، المحددة في الفصل 78 منها بثلاثة أشهر. ولكنها، وإن تأخرت زمنيا عن مجلة الالتزامات والعقود، فقد اقتضى الفصل 53 منها تجريم الثلب على معنى الفصل 42، بقطع النظر عن أحكام الفصل 87 م ا ع. وهو فصل بين المسؤوليتين الجزائية والمدنية. ومن أثره التفريق إجرائيا في القيام على أساس المسؤولية المدنية، مع اعتماد أجل تقادم أطول من أجل سقوط الدعوى العمومية، محدد بخمسة أشهر، قابلة للقطع، وتمطط ببداية احتسابها من بلوغ العلم للمتضرر.

ويفرق الفصل 87 م ا ع بين التعسف في حرية التعبير، ويشترط فيه خطأ فادحا، وبين الثلب والشتم. فهل يبقى الأساس الأمثل للتعويض؟ وهل يمكن طرح القيود الإجرائية التي تضعها مجلة الصحافة مع قصر مدة التقادم جانبا؟

قد يحمل القانون الفرنسي دليلا على هذه الصعوبات و موردا لإجابة عنها، فقد توخى المتقاضون تجنب الإجراءات الدقيقة والموغلة في الشكليات المشترطة في قانون 29 جويلية 1881 لتقديم دعواهم على معنى الفصل 1382

ويجري هذا الحكم على من طبع ما فيه افتراء على الغير أو فضحه أو قذفه وذلك بالخيار بين من كتب ومن طبع.
والقيام بهذه الدعوى يسقط بمضي خمسة أشهر كاملة من يوم وقوع الفعل أو من تاريخ آخر أعمال المطالبة فإن وقع الطعن المذكور بلا نشر ولا إشهار سقط حق القيام به بعد مضي خمسة أشهر من يوم وصول العلم به لمن لحقه الضرر".



م م ف. واقترح التفريق بين التعسف في حرية التعبير وبين الثلب المجرم قانونا عند القيام على أساس الفصل 1382 م. م. ف.

**81**. لم يساند القضاء الفرنسي هذا الاتجاه. بل إنه رفض أصلا انطباق أحكام المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي. فلا قيام على الفصل 1382 م. م. ف. عند التعسف في ممارسة حرية التعبير[302]. وهو موقف قاطع. فبعد تدرج قضائي ظن من خلاله البعض في قراءة تفسيرية لفقه القضاء[303]، أنه عندما لا تتوفر أركان جريمة الثلب يصبح الفصل 1382 ملاذا للمتضرر يتوسل به التعويض[304]، ويقصى على العكس عند إمكانية انطباق أحكام قانون الصحافة، انتهى القضاء الفرنسي إلى الإلقاء به عرض الحائط نهائيا في قرار 27 سبتمبر 2005 المذكور كأساس لأية دعوى ناجمة عن تعسف في إبداء الرأي .

وهو حل يبدو واضحا وبسيطا. ولكنه لا يمكن من ترتيب المسؤولية عند عدم فقدان الثلب والشتم بالمعنى الجزائي. فهناك فرضيات لا يكون فيها التصوير الكاريكاتوري أو النقد الشديد قد بلغ مرتبة الثلب، ومع ذلك فهو يعد خطأ مدنيا مؤسسا للفعل الشخصي. ومن مزايا بقائه ذا وظيفة استطرادية، قدرته على أن يذبّ عن الصحافة وحرية التعبير كل تسرّع في الإعلام والإخبار، دون تيقن من المصادر[305]. ولكن القضاء الفرنسي واصل إقصاءه

[302] Civ 1ère, 27 septembre 2005, D. 2006, J. p.485, note Hassler ; R.T.D.civ. 2006, p.126, Obs. Jourdain ; D.2006, p.768, note G.Lecuyer.

[303] Ass. Plénière, 12 Juillet 2000, D. 2001. J. p.259 : Les abus de la liberté d'expression *prévus et réprimés* par la loi du 29 Juillet 1881 ne peuvent être réparés sur le fondement de l'article 1382 du Code civil.

[304] Jourdain, obs. précit. ; G.Lecuyer, note préc.

[305] Hassler : l'équité incite à sauvegarder un espace résiduel à l'article 1382 en pareil cas. Affirmer le contraire et écarter radicalement toute fonction résiduelle à l'article 1382 en pareil cas serait une conséquence funeste qui

للفصل 1382 م. م. ف. عند التعسف في التعبير الصحفي بشكل مطلق دون التفرقة بين وجود جرائم الصحافة[306] المقترفة ضد الأشخاص[307] أو فقدانها، ليتراجع نسبيا و يطبقه عندما لا تشكل الأفعال جنحة على معنى القانون الجزائي، أو عند اختيار التداعي لدى القضاء المدني[308].

**82.** الفصل 87 م ا ع، **تجاوز هذه المصاعب بفضل صياغته، ليمكن** من التتبع مدنيا وبدعوى **مستقلة عند المساس بالسمعة أو الكرامة، حتى وإن لم** تتوفر جنحة الرأي على معنى قانون الصحافة. **فلا تأثير لوحدة الخطأين** الجزائي والمدني[309] **على المسؤولية المدنية إلا عند فرضية الفقرة الثانية من** الفصل 87 م ا ع. **أمّا وأن أحكام مجلة الصحافة لا تستوعب مطلقا التعدي على الكرامة والسمعة أوالتعسف عند إبداء نقد غير موضوعي، فإن الفصل 87 في فقرته الأولى يمكنه من دور تكميلي، فينهض لحماية الحقوق الذاتية الشخصية** وما يتعلق بها من حق في الاحترام والكرامة وعدم القدح الرخيص. **وبذلك فإن** حرية التعبير والاستقلال بالرأي لا تعتبر فعلا مبررا للتعسف وفقدان الضوابط الموضوعية الدنيا في بث الرأي عن طريق الصحافة. فكلما كان هناك تعسف،

mettrait sous le boisseau l'un des devoirs auquel les journalistes sont soumis, à savoir le devoir de vérification des sources ; Dreyer, Disparition de la responsabilité en matière de presse, D. 2006, Chr.1337 ; G.Lecuyer,Liberté d'expression et responsabilité, Nouvelle bibliothèque des thèses.2006, Préface L. Cadiet.

306 Civ.1ère, 30 mai 2006 et 25 Janvier 2007, R.T.D.civ 2007, p 355 obs. Jourdain : « Les abus de la liberté d'expression ne peuvent être poursuivis sur le fondement de ce texte » (l'article 1382 du Code civil).

307 يبقى احتمال انطباق الفصل على الخدمات والمنتجات.

308 Civ.1ère, 30 octobre 2010, J.C.P 2008, note Dreyer, R.T.D.civ. 2009, obs. Jourdain.

309 Viney, le particularisme des relations entre le civil et le pénal en cas d'abus de la liberté d'expression, Mélanges Bouloc, D.2006, p.1167.



تأسس الخطأ[310]. ويناى الفصل 87 م ا ع – كحالة خاصة لتطبيق الخطأ – عن مساوئ فقه القضاء الفرنسي الذي حول المسؤولية الشخصية في ممارسة الصحافة والرأي أثرا بعد عين.

**83.** ويتبوأ الفصل 82 م ا ع **بذلك مركز القاعدة التي تحمي الاعتداء** على الحقوق الشخصية، في غياب نص خاص بذلك[311]. **وهو مجال اتسم بسعة** النطاق وباعتلائه **قواعد الدستور بعد تنقيح سنة 2002**[312]**، ليشهد تجسيما تشريعيا في أعلى هرم المنظومة القانونية**، مع نصوص أخرى في مواطن شتى[313]، **توزعت على عديد** فروع القانون الجزائي والمدني وغيرها. ومع ذلك **بقي النظام القانوني منزوعا** من حماية خاصة يضمنها نص خاص، على غرار الفصل 9 م م فرنسية مثلا.

وببقاء **أحكام المسؤولية المدنية، وبالتحديد** أحكام الخطأ كما جاءت في الفصلين 82 و83 م ا ع، **فإن ترتيبها يقتضي** اجتماع أركانها كلها، بما في ذلك الضرر والعلاقة السببية. ومن شواهد ذلك **ما صدر** عن محكمة الاستئناف بتونس[314]، **في خصوص نشر صورة خاصة دون إذن صاحبها**، إذ" ليس من

310 Jourdain, obs. préci. sous Civ. 27 septembre 2005, R.T.D.civ. 2006, p. 128.

311 محمد كمال شرف الدين، حماية الحياة الخاصة في القانون التونسي. م. ت. ق. 1997، ص. 27 ف. 6.ص.30.

312 ويتوافق مع دساتير عديدة، مثل الدستور الألماني الذي يضمن الحقوق الشخصية طالما لم تمس بحقوق الآخرين وبالنظام الدستوري وبالأخلاق. في حين أن هذه الحقوق أصبحت أساسية في النظام الفرنسي بمقتضى قانون 17 جويلية 1970 الذي دخل في الفصل 9 من المجلة المدنية الفرنسية.

313 ومن خصائص هذه الحماية استنادها إلى نصوص تشريعية حديثة وعدم تراجع السلطة القضائية في تقدير ذلك.

Gridel, Protection de la vie privée, rupture ou continuité, G.P 2007, n°138 à 139. Spécial droit de la Presse, Les droits de la personnalité, bilan et perspectives, p. 4. s.

314 قرار عدد 67367 في 3 ديسمبر 1986، غير منشور، مذكور في مقال محمد كمال شرف الدين، ف.7، ص.31.

الصفة الشرعية أن يتدخل المؤلف في الحياة الخاصة للناس بنشر أحوالهم أو عاداتهم أو صورهم دون ترخيص، إذ في ذلك نيل من الحرمة الشخصية لهم"، و"أن الشركة قد خالفت المبدأ المذكور وأساءت للورثة بنشر صورة مورثهم دون علمهم مما يستهدفها للتعويض المالي". لم تأت المحكمة صراحة على أحكام المسؤولية المدنية[315]. ولا ينفي ذلك غيابها. فالعكس أقرب للصواب، بل هو عينه. والرأي أن محكمة الاستئناف قدّمت تعريفا للخطإ، يفيد الانحراف عن أي سلوك متعارف عليه، ومنه نشر صورة لميّت نشرا يستاء منه ورثته. وبقي مع ذلك قاصرا ــ بوصفه قرارا وحيدا ــ على الإحاطة بدقائق تلك الحماية. ويبدو أن الجزاء آلي كلما افتقر الناشر إلى رضاء صاحب الصورة، وأن المسؤولية الشخصية متحققة حينئذ.

وبذلك فإن الاقتران بين حماية حقوق الشخصية والمسؤولية المدنية تحول دون بزوغ نظام خاص ومستقل لحماية تلك الحقوق. وباستقراء القوانين المقارنة، بالتحديد القانون الفرنسي، نلمس استقلالية الأمرين، تماما كما هو الشأن في حرية الصحافة . فلا وجاهة في هذا المقام بتوسل أحكام المسؤولية المدنية لوحدها[316]. ذلك أن القضاء المقارن الفرنسي توخى مزجا بين اعتماد الفصل 9 من المجلة المدنية الفرنسية وكذلك أحكام الفصل 10 من المعاهدة الأوروبية لحماية حقوق الانسان، وربط الجزاء في حماية الحياة الشخصية مع مختلف تطبيقاتها، بموازنة بين الحق في الحماية والحق في الإعلام[317]. ونتيجة

[315] بغض النظر عن رأي الأستاذ كمال شرف الدين في اعتمادها على مبدإ غير مكتوب، فإن النقاش سينحصر حول أبعاد أحكام المسؤولية في حماية الحقوق الشخصية.

[317] Civ.9 juillet 2003, cité par Ch. Bigot, Droits sur l'image des personnes, une matière réorganisée, G.P. mai, 2007, p.8, sp.14. Mais attendu que les droits au respect de la vie privée et à la liberté d'expression, revêtant, eu égard aux articles 8 et 10 de la Convention européenne et 9 du Code civil, une identique valeur normative, font ainsi devoir aux juges saisis de rechercher



لذلك فإن نشر صور عن ولادة في عائلة مالكة لا يعد خرقا لاحترام الحياة الخاصة، لما لذلك الحدث من انعكاس مباشر علي الحياة السياسية، كما أن تعرض صورة إلى مرض ممثل شهير لا ينال من حرمة حياته الخاصة، لما له في الضمير الجماعي من مكانة ثقافية مرموقة، تبرر التطلع إلى ما حاق به من أحداث. ونجم عن هذه الموازنة تساؤل عن بقاء الحق في الصورة كحق مطلق، تحيط به هالة سميكة من الحماية، وعن أساس تلك الحماية المتراوحة بين التعسف والخطإ[318].

ولا بد من تحديد الخطأ أو معيار الابتعاد على السلوك العادي. ويعسر الأمر لضرورة التوفيق بين الإعلام المشروع واحترام الحياة الخاصة، ولذلك يطفو هذا الأساس، أساس الخطأ مجددا على سطح النقاش، لمعرفة ما إن كان وعاء جديرا باحتواء تلك الحماية، أو ما إن كانت تلك الحماية تفلت من بين يديه لتبحث عن أساس إضافي مختلف[319].

leur équilibre et, le cas échéant, de priver la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime.
وهي تتناسق مع موقف المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قراره المؤرخ في 24 جوان 2004 De.Hanovre/Allemagne إذ ذكرت كذلك بضرورة الموازنة بين ما للصور من علاقة بالمصلحة العامة، حيث أكدت مجددا التناظر بين المصالح الخاصة والعامة في نشر الصور تتسم به من إغراق في تفاصيل الحياة الخاصة لإرضاء الفضول والتطلع دون أن تنهض برسالة اعلامية ذات أثر على الصالح العام.
L'élément déterminant, lors de la mise en balance de la protection de la vie privée et de la liberté, doit résider dans la contribution que les photos et l'article publiés apportent aux débats d'intérêt général.
وقد ذكرت بنفس المبدإ في قضية.
Affaire News Werglasc/Autriche, 11janvier 2000.
حيث أكدت مجددا على التناظر بين المصالح الخاصة والعامة في نشر الصور.

[318] Bigot, art.préc, p.17.

[319] P. Jourdain, Les droits de la personnalité à la recherche d'un modèle : la responsabilité civile, in actes du colloque préc.G.P.2007, p.39.

يبرز القانون الفرنسي تطوّرا طريفا، إذ ساهمت أحكام المسؤولية المدنية في بلورة الحقوق الشخصية وتخصيصها بحماية خاصة، ثم أفل مددها، لتقترب من الصورة التي استقر عليها الوضع في حماية الصحافة .

**حماية المعطيات الشخصية**: مثال حق الصورة[320]

**84.** جاء التنقيح الدستوري في 1 جوان 2002، ليضمن في فصله التاسع حرمة الشخص، وحرمة حقوقه الشخصية، وضمان معطياته الشخصية. وهو تنقيح رفع حماية الحقوق الذاتية إلى أعلى هرم قاعدي.

وقد جاء قانون 2004/63 المؤرخ في 27 جويلية 2004 في فصله الرابع ليعرف المعطيات الشخصية " بأنها كل البيانات مهما كان مصدرها أو شكلها والتي تجعل شخصا طبيعيا معرفا أو قابلا للتعريف بطريقة مباشرة أو غير مباشرة باستثناء المعلومات المتصلة بالحياة العامة أو المعتبرة كذلك قانونا". و"يخلص من التعريف القانوني للمعطيات الشخصية وأنه تعريف وظيفي، يرمي المشرع من وراء خلقه إلى حماية أركان سرية الحياة من زحف المعرفة والتواصل الإعلامي الحديث، ويشمل كل البيانات المرئية أو المسموعة أو المكتوبة آلية أو يدوية، والتي تجعل شخصا طبيعيا معروفا أو قابلا للتعريف بشكل مباشر أو غير مباشر"[321]. علة تلك الحماية ضمان الحياة الخاصة أمام كثافة وسائل التسلل إليها واختراقها، وإحاطتها بواق يدفع عنها كل مقتحم بدون استئذان، يفضح خصوصيتها أو ينال منها دون وجه مشروع.

320 S. Elleuch, La protection du droit à l'image, in cinquantenaire de la Cour de cassation, sous la direction de M.K. Charfeddine, CPU, 2010, p.55.s.

321 المحكمة الابتدائية بصفاقس قضية عدد 44032 بتاريخ 20 نوفمبر 2006، غير منشور، مذكور عن سنية العش، المقال السابق، ص.66، هامش56.



والسؤال يحوم حول معرفة الأساس القانوني الذي يحمي تلك المعطيات، وبصياغة أدق قابلية الأحكام العامة للمسؤولية وبالتحديد الفصلين 82 و83 م. ا.ع[322] للاضطلاع بذلك الدور؟

التحليل سوف لن يتوخى التطرق إلى جميع الحقوق الذاتية والمعطيات الشخصية الخالصة، بل سيقتصر على دراسة حق الصورة وحمايتها في القضاء، كأنموذج نظري وتطبيقي لتلك الحماية.

**85.** حق الصورة من حقوق الشخص، واحترامه يرتبط باحترام الحق في الحياة الخاصة. فهو حسب محكمة التعقيب[323]، "حق استئثاري يخول لصاحبها كيفية استعمالها ومدة استعمالها وأن نشرها يستوجب الترخيص المسبق، ولذلك فإنه له حق الاعتراض على نشرها".

استقراء فقه القضاء لا يبرز اعتماد نص خاص واحد كأساس لتلك الحماية[324]. ومرد ذلك عملية اقتران بين عديد القواعد، وهي احكام الفصل 87 من م ا ع و27 من قانون أفريل 2004، الذي يرتبط بدوره بالفصل 20 من نفس النص: "يكون المسؤول عن المعالجة والمناول مسؤولين مدنيين عن كل اخلال بمقتضيات هذا القانون. ويتبوأ الفصلان 82 و83 مرتبة القاعدة التي

322 والملاحظ أنه اعتمد الفصل 83 من م. ا. ع قبل صدور قانون 2004. محكمة الاستئناف بتونس 67367، 3 ديسمبر 1986 غير منشور. وقد تمادى اتجاه في القرار التعقيبي عدد 38411 في 24 سبتمبر 2009، غير منشور، يعتمد الأحكام العامة للمسؤولية أي الفصل 83 م. ا. ع، دون أية إشارة إلى قانون 27 جويلية 2004.

323 قرار عدد 320 مؤرخ في 25 جوان 2008، غير منشور، مذكور من الأستاذة سنية العش في المقال المذكور. كذلك المحكمة الابتدائية بتونس قضية عدد 56199 بتاريخ 23جوان 2005، غير منشور: "وحيث لا جدال في أن لكل فرد حقا استئثاريا على صورته وعلى كيفية استعمالها يخول له الاعتراض على نشرها إذا تم ذلك دون ترخيص منه وهو ما استقر عليه فقه القضاء المقارن".

324 مجمل فقه القضاء اعتمد على أحكام المسؤولية المدنية (مقال سنية العش ف. 40 و41، ص. 40 وبعدها).

يرجع إليها فقه القضاء، ويؤسس عليها أحكام تلك المسؤولية[325]. فقد جاء في هذا الحكم أن الفصلين ينطبقان — أي أن الخطأ يقوم — بمجرد نشر صورة الشخص دون رضاه[326]، ليتواتر مع أحكام أخرى[327]. ويتعزز هذا الموقف بأحكام الفصل 27 من قانون حماية المعطيات الشخصية.

ولكن هذه الحماية لم تقف عند عتبة سرية الحياة وضمان هدوئها. فقد رأى فيها القضاء بعدا ماليا ينخرط في ذمّة الشخص[328]، يضاف إلى طبيعته المعنوية. ولصاحب الصورة الحق في تعويض عن ضررين، أحدهما أدبي ينجم عن النيل من حرمة الحياة الخاصة، وثانيهما مادي واقتصادي، يرتبط بالمضاربة على الصورة وكسب المال بالمتاجرة بها. وقد جسّمت محكمة التعقيب هذه النظرة

[325] المحكمة الابتدائية بصفاقس قضية عدد 44032 بتاريخ 20 نوفمبر 2006، سابق الذكر، الذي حوى هذه الأسس وأتى عليها جميعها، ليصوغ بها نظام المسؤولية المدنية. القرار التعقيبي عدد 38411 في 24 سبتمبر 2009، غير منشور، سابق الذكر.

[326] وحيث اقتضى الفصل 9 من القانون عـ63ـدد لسنة 2004 ان تتم معالجة المعطيات الشخصية في إطار احترام الذات البشرية والحياة الخاصة والحريات العامة، ويجب ان لا تمس معالجة المعطيات الشخصية مهما كان مصدرها أو شكلها بحقوق الأشخاص المحمية بموجب القوانين والتراتيب الجاري بها العمل، ويحجر في كل الحالات استعمالها لغاية الإساءة إلى الأشخاص أو التشهير بهم...وحيث اقتضى الفصل 27 من نفس القانون انه في ما عدا الصور المنصوص عليها بهذا القانون أو بالقوانين الجاري بها العمل، لا يمكن معالجة المعطيات الشخصية إلا بالموافقة الصريحة والكتابية للمعني بالأمر، وإذا كان قاصرا أو محجورا عليه أو غير قادر على الإمضاء تخضع الموافقة إلى القواعد القانونية العامة.

[327] وحيث أن الحق على الصورة هو إلى جانب الحقوق الشخصية والعينية من الحقوق الذاتية التي تدخل ضمن الحياة الفردية الخاصة، التي تنضوي ضمن حرمة الفرد، وهو ما جعلها محل حماية من الدستور بالفصل 5، مما يجعل عدم احترام الحق المذكور مخالفا للقانون وتقوم به المسؤولية طالما لم يتحصل المتسبب في الضرر على ترخيص صاحب الصورة مسبقا، بقطع النظر عن ارتباط نشر الصورة بالصحيفة بموضوع الأمهات العازبات من عدمه...وحيث وعلى فرض مجاراة المطلوبة من كون الصورة المنشورة امتلأت بها المدن التونسية، فإن ذلك لا يعد من حيث القانون والمنطق السليم حالة من حالات الإعفاء من المسؤولية، وبالأحرى إذا كان لنشر الصورة ارتباط بموضوع من المحقق ان يمس المدعي في شعوره، وهو ما يؤول إلى القول بقيام اركان المسؤولية المدنية من خطأ تعمد نشر الصورة بدون ترخيص من صاحبها، والمضرة المعنوية الثانية، والعلاقة السببية الرابطة بينهما بصفة محققة عملا بمقتضيات الفصل 83 من م. ا. ع.

[328] G. Loiseau, La crise existentielle du droit patrimonial à l'image, D. 2010, p. 450.



الثنائيّة[329]، محققة أنه"يكتسي طبيعة مزدوجة معنوية ومادية"، لتدقق أن "الطبيعة المالية للحق تتجسم في استغلالها في الدعاية الإشهارية، ويكون المقابل المالي لها بحسب أهمية وشهرة صاحب الصورة، فإذا انعدم الاستغلال التجاري لصورة فإن ذلك لا ينفي الحق المعنوي". ونجد تطابقا في هذا مع المواقف الغالبة لمحكمة التعقيب الفرنسية[330]. ولا ترتبط الحماية بالميز، فيحق للصغير مثلا من وليّه، الحصول على التعويض، حتى وإن لم يكن مدركا لكنه الحياة الشخصية[331].

ويؤكد القضاء هذا الأساس من خلال تطبيق الفصل 87 م ا ع، و فيه امتداد خاص للخطأ[332]. وفيه أن الخطأ يجب أن يجتمع مع ركني المسؤولية المتبقيين أي الضرر والعلاقة السببية. فلا بد من اجتماع شروط المسؤولية جميعها. وقد ذهبت إليه محكمة التعقيب، ونقضت قرارا استئنافيا لم يوضح هذه الأركان. فقد تم نشر صورة لامرأة في وثيقة علمية (وهي معصوبة العينين)، لوصف أبعاد علمية جراحية للتجميل. وكان النقض بسبب تطبيق رجعي لأحكام قانون حماية المعطيات الشخصية على وقائع سابقة عن دخوله حيز التطبيق. وأضاف القرار عدم بيان القرار الإستئنافي وجود ثلب على معنى

[329] تعقيبي عدد 38411 مؤرخ في 24 سبتمبر 2009، غير منشور.

[330] Civ. 1ère, 12 déc. 2000, D. 2001, 2434, note J. C. Saint-Pau « L'atteinte au respect dû à la vie privée et l'atteinte au droit de chacun sur son image constituent des sources de préjudices distinctes, ouvrant droit à des réparations distinctes ». ;églt, Civ. 1ère, 9 juillet 2009, R.T.D.Civ. 2009, obs. J. Hauser.

[331] CEDH, 15 janv. 2009, Reklos et Davourlis c/ Grèce, RTDciv. 2009, 283, obs. J.-P. Marguénaud ; J. Hauser, L'enfant ou l'enfance ? Le droit à l'image, Contribution au XXe anniversaire de la Convention internationale des droits de l'enfant, D. 2010, p. 214.

[332] محكمة التعقيب في قرار20932 المؤرخ في 22 جانفي 2008 ، والمذكور في المقال السابق لسنية العش.

الفصل 87 من م ا ع، الذي تطرق إلى المسؤولية المدنية في المنشورات الصحفية.

## تقييــــــــــــــم

86. تبلور مفهوم المعطيات الخاصة في فقه القضاء، وتبلورت حمايتها تحت غطاء مزدوج، غطاء الأحكام العامة للمسؤولية المدنية، وغطاء أحكام القانون الخاص. وهو ازدواج ظاهري، لأن الأفضلية كانت لصالح الأول بإدماجه أحكام القانون الخاص، واستقطابه لاهتمام القضاء، لتصبح موافقة الشخص أو فقدانها الفاصل بين قيام الخطإ أو غيابه، رغما عن توقق القضاء في بسط المعادلة التي تطرحها حماية المعطيات الشخصية بسطا كيّسا وحكيما. فقد جاء عن المحكمة الابتدائية بصفاقس[333] أنه **"يستروح من عبارات الفصلين** المذكورين (الفصل 9 من القانون عــ63ــدد لسنة **2004 والفصل 27** من نفس القانون)، وان المشرع وفي إطار تحقيق هاجس **التوازن بين الحياة الخاصة والحدود** التي تقضيها الحياة الاجتماعية **والاقتصادية والسياسية أجاز معالجة المعطيات الشخصية**، ولكن قيّد تلك الإجازة بقيدين متظافرين، **أولهما أن تتم المعالجة في إطار احترام الذات البشرية والحريات العامة، وثانيهما وهو** الأهم، وجوب **الحصول على موافقة صريحة وكتابية مسبقة من الشخص الواقع** معالجة بياناته الشخصية". **هو بسط رائق منهجيا للمصالح المتنازعة، ولتنازع** المصالح. ولكن الحل كان **سريعا وبديهيا لما "أضاف" الحكم وجوب موافقة الشخص كشرط جوهري لا يتجزأ لانتفاء مسؤولية من يستعمل المعطيات** الشخصية، **بل إنه الأهم والأولى. ويمكن الثناء على منهجية الطرح دون أن** يمنع هذا **من انتقاد حل المعادلة. فلا يخفى أن المقارنة مع القضاء الفرنسي**

[333] المحكمة الابتدائية بصفاقس ،قضية عدد 44032 بتاريخ 20 نوفمبر 2006 ، غير منشورة.



نرى أنه بداية من سنة 1970، و إلى حدود سنة 2000، كانت محكمة التعقيب الفرنسية تستند إلى نفس الحيثية التي يعتمدها القضاء لدينا[334]. ولكن شرط الموافقة نزل في سلم الأفضلية، ليتم تحليل المعادلة تحليلا مخالفا[335]. فالطبيعة الاستئثارية **لحق الصورة** لا تحجب الحقوق الموازية الأخرى، كحق التعبير، وحق الإعلام، وممارستها بحرية. **وهي حقوق جسيمة، لاتقل خطرا ، تنصهر** جميعها في **وعاء المحافظة على كرامة الإنسان، تلك الكرامة التي تنقلب القيمة الأسمى في التعامل مع الصورة و مع المعطيات الشخصية برمتها. فلا تبقى** النظرة **لهذا الحق ــ بوصفه استئثاريا ــ آحادية، بل تنقلب إلى رؤية أشمل، لا** تسقط عناصر **إضافية أساسية لتضمها إلى المعادلة. وبذلك يتحول حق الصورة** من نظام ملكية شخصية إلى نظام غائي يخدم حرمة الشخص وكرامته[336]، **في** إطار أخلاقي، مع رفض للمضاربة والسعي إلى البحث عن الربح **والمقابل** المالي[337].

[334] Chaque personne a sur son image un droit exclusif qui lui permet de s'opposer à sa reproduction sans autorisation. Cass. Civ. 15 déc. 1981, Bull. civ. I, n° 384.

[335] Ch. Bigot, Droits sur l'image, une matière réorganisée, in Les droits de la personnalité, bilan et perspectives, Gaz.Palais, 2007, n° 138 et 139, p.8 ; J.P. Gridel, La protection de la vie privée, rupture ou continuité, idem, p.4. s.

[336] Ch. Bigot, art. préc. « Jusqu'en 2001, le droit sur l'image s'apparentait à notre sens à une forme de droit de propriété sur un attribut de la personne, à savoir son aspect physique. Personne ne pouvait en être démuni que par son consentement exprès. Nous sommes aujourd'hui dans le champ d'une déontologie de l'image ou une éthique de l'image, qui consiste à vérifier si l'image de la personne est publiée, soit dans des conditions qui visent à nier le concept même de personne humaine, ce sera le cas des photographies attentatoires à la dignité, soit dans des conditions qui constituent une dénaturation ou un détournement, c'est-à-dire un acte fautif dans l'utilisation de l'image ».

[337] تعقيبي عدد 38411 في 24 سبتمبر 2009، غير منشور، سابق الذكر.

**87.** وخرجت التقنيات الحديثة عن الإطار المادي والمحسوس للإدلاء بالرأي، ليصبح الفضاء غير المادي منبرا لحرية التعبير وترويجه في الأقاصي البعيدة، دون عناء الانتقال أو السفر. فبفضل عالم الأنترنات غير المحسوس، انقلبت الشبكة العنكبوتية إلى مسلك لا متناه لترويج الآراء، في محافل لا تطولها الصحافة ولا تؤمّها الأقلام، فتمضي تلك الآراء إلى أصقاع لا تخطر على بال صاحب الرأي، و تتناهى إلى قراء في أصقاع لا تحصى، بسرعة خيالية ودون حاجز أو مصفاة. فهل للفعل الشخصي مكان في هذا التحول العلمي الهائل؟

**88.** من أدلة تفاعل الخطأ مع مستحدثات الأمور، وقيامه بإكمال دور المشرع في المسؤولية، تفاعل الاتصالات الحديثة مع الخطأ الشخصي. ففي مجال الانترنات كان له الإبقاء على الإطار التقليدي للمسؤولية[338]، وإنشاء مسؤولية سيبرية cyber- responsabilité. الأمر ملموس في مسؤولية مزودي الخدمات[339] ومن يأوي موقع الانترنات. فقد تم الاعتماد على المسؤولية الشخصية[340] — وهو تفاعل بين الخطأ والتكنولوجيات الحديثة —، لحماية المعطيات الشخصية، والحق في الصورة، وغيرها من الحقوق الشخصية. وتظهر"علوية" المسؤولية الشخصية في بعض الأنظمة القانونية مقارنة بالتحفظات التي ارتبطت بحالات المسؤولية الأخرى[341].

338 Ph. Le Tourneau, des métamorphoses contemporaines et subreptices de la faute subjective, précit. p. 33.

339 القانون عدد 2004-63 في 27 جويلية 2004، حول حماية المعطيات ذات الطابع الشخصي، الرائد الرسمي للجمهورية التونسيةعدد61 لسنة 2004.

340 M. Vivant, la responsabilité des intermédiaires de l'internet, J.C.P. 1999, p. 2021.

341 A. Lucas, J. Devèze, J. Frayssinet, Droit de l'informatique et de l'internet, Thémis, Puf. 2001, n° 704, p.457, et les nombreuses références.



ويبقى المصطلح التقليدي ملجأ تشريعيا، يطوّع أحكام المسؤولية وبسحبها على كل ظاهرة مستحدثة، أو مسألة مردّها التقنيات الحديثة، أو كل معطى مستحدث أو قضية جديدة. ويصدق هذا على مسؤولية مزود المأوى hébergeur de site والمسؤولية المترتبة عن شبكة الإعلامية[342]. الطريف أن مشروع مجلة الالتزامات والعقود كان تعرض إلى المسؤولية عن نشر الأخبار في الصحافة. فهل يبقى الخطأ مواكبا للمشاكل التي تطرحها المعلوماتية ووسائل الاتصال غير المادية[343]؟

تبدو الخاصيات التقنية للشبكات الرقمية سببا للصعوبات التي تجابه أحكام المسؤولية. فالصورة الحديثة مغايرة لتلك التي استقرت عليها مسؤولية الصحافة. وتطفو قدرة الخطأ كمصطلح مرن على ضخ دم جديد يولد أحكاما مستحدثة للمسؤولية الشخصية. فمزود المأوى يلتزم بربط معاقده مع الشبكة، ويشرف على التصرف في الموزع serveur وفي المعطيات التي يحتويها، والتي يتولى نشرها لدى العموم. مزود الايواء ملتزم بربط العامة من معاقديه بالشبكة، وهذا هو التزامه الأساسي. إلا أن المحتوى قد يحمل اعتداء على الغير، يتجسم في شتى الأنواع، كهتك العرض أو الثلب أو الإصداع بأفكار عنصرية، فهل يكون المزود المسؤول عن هذا المحتوى، والحال أن هذه المادة لا تعد من إنتاجه، ولا تنسب له شخصيا[344]؟

**89.** لا تلغي الميزات التقنية للشبكة المعلوماتية كل التزام يتحمله المزود، ذلك أن المسؤولية تحمل بداهة على ناشر المعلوماتية على شبكة

342 S.Khaled Slama, Vie privée et responsabilité des acteurs sur Internet, RTD, 2008, p. 447.

343 علي كحلون، الإطار القانوني للإعلامية في تونس. م. ت. ق. 2005، ص. 273.

344 علي كحلون المسؤولية المعلوماتية، محاولة لضبط مميزات مسؤولية المتدخلين في إطار التطبيقات المعلوماتية وخدماتها. مركز النشر الجامعي 2005، ص. 236.

الانترنات[345]. ولكن هذا الموقف يصطدم بخصوصية الميزة اللامادية للانترنات، وتبرر الضرورة في إقحام الوسطاء التقنيين، لأن الوفاء بالالتزام بربط الناشر بالشبكة لا يتعارض مع التزام مقابل بالمراقبة، ولا ينفي المسؤولية من أساسها، خاصة وأن ذمة الوسطاء مليئة، وهو ضمان للتعويض[346]. زد على ذلك أن مركز التقني مكنهم من التصرف في خزن المعلومات[347]، ولا يعفيهم مع ذلك من بذل جهد معقول لمراقبة ما عسى أن يندس في الموقع من إعلانات عنصرية أو قائمة على عدوانية ضد الغير[348]. فالطفرة الكمية لا تمنح المزود حصانة ضد التثبت من محتوى الموقع، ولا تدرأ عنه إعفاء مطلقا من القيام بذلك. لكنها لا تحمله أيضا التزاما بالتثبت التام. وكأنه مصفاة تشد كل الأدران ... فالخطأ ينبثق من إخلال بحرص معقول[349] على التحقق من حالة الموقع، دون أن يبلغ ذلك واجب التمحيص الدقيق لمادة تستعصي حجما عن ذلك، حتى ولو شحذ الوسيط عزما وهمّة متناهيين. ويحصر الخطأ تبعا لذلك كأساس لتلك المسؤولية التقصيرية، مثبتا طبيعة طيّعة لا تعوزها مرونة التأقلم مع ما يطرأ من مسائل مستحدثة.

وفي بعض الأنظمة القانونية مورد استئناس فيما وصلت إليه من ترتيب لأحكام المسؤولية التقصيرية في مادة الانترنات وخاصة في خصوص تحديد

345 M. Vivant, La responsabilité des intermédiaires de l'Internet, J.C.P. 1999, I, 180; D. Mazeaud, La responsabilité sur la toile, Mélanges Dupichot, Bruylant, 2004, p. 323.; P. Trudel, Les responsabilités dans les cyberspaces, éd. Unesco et Economica, 2000.

346 عبد الرؤوف اللومي، المسؤولية التقصيرية على شبكة الانترنات، مجلة الدراسات القانونية 2001 ص. 143 وما يليها.

347 T.G.I Paris, 9 juin1998, RIDA. 1999, p. 427.

348 CA. Versailles, 8 juin 2000, Com. com. élec. comm. n°81, note Galloux.

349 A. Lepage, Du sens de la mesure en matière de responsabilité civile sur Internet: la loi, la jurisprudence et le fournisseur d'hébergement, D. 2001, chr. p. 322.



مرتكب الخطأ في مادّة الانترنات فقد ذهب القانون الأمريكي الخاص المعروف بـ Digital Millenium Copyright D.M.C.A المؤرخ في 28 أكتوبر 1998 وكذلك القانون الألماني المؤرخ في 22 جويلية 1997 إلى التعرض إلى احكام أكثر دقة في مسؤولية عبر الانترنات. ولكن الخطأ تقهقر وتراجع مركزه كسند في المسؤولية في القوانين الأوروبية، وقد جاء التوجيه الأوروبي المؤرخ في 8 جوان 2000 ليزيح أحكام المسؤولية المدنية[350]. وقد رفع الفصل 14 واجب الحرص عن مزود المأوى، فلا يسأل مدنيا إلا عند علمه بعدم مشروعية النشاط أو المعلومات. كما أن مزود الدخول لا يقترف الخطأ وفق الفصل 12، إلا إذا رفض الإذعان لقرار قضائي أو إداري بإنهاء اللاشرعية أو التنبيه إليها[351].

**90.** وقد قطعت هذه القوانين الوشائج بين احكام مسؤولية الناشر كما تنظمها أحكام مجلة الصحافة والمسؤولية عما ينشر بواسطة الأنترنات. ولا يقتفي القانون الوضعي التونسي هذه الخطى رغم وجود نصوص حديثة في نظامنا القانوني. بل إنه يستبقي أحكام مجلة الصحافة لترتيب مسؤولية مزود الخدمة. فقد جاء بالفصل الأول من الأمر عدد 501 لسنة 1997 المؤرخ في 14 مارس 1997، المتعلق بالخدمات ذات القيمة المضافة، أن إنتاج وتقديم وتوزيع وإيواء المعلومات: "يخضع في إطار وضع واستغلال الخدمات ذات القيمة المضافة للاتصالات لقانون الصحافة وللقانون المتعلق بالملكية الأدبية والفنية". وأضاف الفصل 14 من الأمر عدد 501 لسنة 1997 المشار إليه: "يجب أن يكون لكل خدمة ذات قيمة مضافة للاتصالات مدير مسؤول عن

350 M. Bacache-Gibeili, n°150, p.172; Ph. Brun, n°314, p.199.

351 وانتقلت هذه الأحكام في النظام الفرنسي بواسطة القانون المؤرخ في 21 جوان 2004، المعروف بقانون الثقة في الاقتصاد الرقمي.

محتوى الخدمة المقدمة إلى المستعملين طبقا لأحكام مجلة الصحافة[352]. ويتحمل المدير المعين من مزود الخدمات المسؤولية عن محتوى صفحات وموزعي الواب الذين يقوم بإيوائهم في أنظمته وفقا لمجلة الصحافة[353]. وهي مسؤولية متدرجة لا تتماشى والطبيعة الرقمية للأنترنات، دون الخوض في طبيعتها كوسيلة نشر أو إسداء لخدمات سمعية بصرية أو وسيلة اتصال. وبذلك فهي تؤدي وفق الفصل 68 من مجلة الصحافة[354] إلى إثارة المسؤولية وفق ترتيب مسبق، ينتقل من شخص إلى آخر. وهذا يتنافر مع خاصية الأنترنات، ويتعارض أيضا مع الإتجاه التشريعي الغالب في الأنظمة المقارنة.

**91.** ويبدو الفصل 92م ا ع [355] رافدا حيويا للخطأ المدني. فهو يحتوي على تطبيق للمسؤولية الشخصية في ميدان المنافسة غير المشروعة. وتختلف عن التقليد[356]، الذي يقتضي تسجيل حق في الملكية الفكرية، يعتدي عليه المقلد بمحاكاته دون اشتراط نية الإضرار، فينشئ لدى العموم خلطا لا يمكنهم من تمييز العلامتين موضوع التقليد. وينهض حكم المنافسة غير المشروعة كجزاء لاستغلال اسم أو علامة لم يتم تسجيلها عن سوء نية بقصد الإضرار بالتاجر

[352] قرار وزير المواصلات المؤرخ في 22 مارس 1997 المتعلق بالمصادقة على الكراس الضابط للشروط الخاصة بوضع واستغلال الخدمات ذات القيمة المضافة للاتصالات من نوع انترنات - الرائد الرسمي 28 مارس 1997 عـ25دد صفحة 519.

[353] علي كحلون، الإطار القانوني للإعلامية في تونس، م.ت.ق. 2006، ص. 95.

[354] مجلة الصحافة الصادرة بموجب قانون 28 أفريل 1975 كما وقع تنقيحها في سنة 1993، بموجب القانون عدد 85 لسنة 1993 المؤرخ في 2 أوت 1993، وفي سنة 2001 بموجب القانون عدد 43 لسنة 2001 المؤرخ في 3 ماي 2001.

[355] ويقابله في مشروع المجلة الفصل 98.

[356] الذي تعرض له مشروع المجلة في الفصل 97. ولكن نظامه خرج عن الأحكام العامة لمجلة الالتزامات والعقود، ليلحق بالقوانين الخاصة بالملكية الفكرية، وبالتحديد بقانون حماية علامات الصنع والتجارة و الخدمات عدد 36 لسنة 2001 المؤرخ في 17 افريل 2001 ، الذي تطرق في الفصل 51 منه إلى تقليد علامة الصنع، والفصل 83 من القانون عدد 84 المؤرخ في 24 اوت 2000، المتعلق ببراءة الاختراع، والفصل 24 من القانون عدد 21 لسنة 2001 المؤرخ في 6 فيفري 2001 المتعلق بحماية الرسوم والنماذج الصناعية.



المنافس[357]. ويستنتج منه قيام المسؤولية مقترنة بالتغرير. ولكن القضاء تجاوز هذا الشرط، لينتهج تحليلا موضوعيا ينأى بها عن طبيعتها القصدية[358]، فتتوفر، حسب ذلك القرار، بالانحراف عن سلوك التاجر العادي، دون التفات لسوء نيته. وهو تفسير ذو أبعاد جسيمة، أجلها سعة نطاقه مقارنة حتى بالنصوص الخاصة. الفصل 24 من قانون حماية الرسوم والنماذج الصناعية يكتفي — في خصوص العلامات المشهورة —، بالضرر أو بالخطإ. ولكن ذلك القرار لم يلمح إلى شهرة تلك العلامة[359] ليبرر اجتهاده، وانبرى يطرح حلا شاملا لمسألة المنافسة غير المشروعة وتعريفا موضوعيا للخطأ.

تمتاز المجلة أيضا بأنها تطرقت، قبل عديد المجلات، ومنها الفرنسية، إلى المنافسة غير المشروعة، في الفصل 92، في حين أن القضاء الفرنسي قام بإنشاء تلك النظرية رويدا رويدا[360]. وقد حاول القضاء الفرنسي التقريب بين المنافسة غير المشروعة والتقليد، حماية للنشاط التجاري. وأصبحُ الخطأ أيضا في الأنشطة التجارية يرتب مسؤولية من يختلس قيمة اقتصادية أنتجها الغير ليثري بواسطتها. وقد ظهر الخطأ التقصيري الذي يحقق ثراء مرتكبه. "Faute lucrative" وهو من تطبيقات نظرية الخطأ القصدي في قانون الأعمال (أي في المادة التجارية)، وفي قانون المنافسة[361]، وغيرها من فروع

[357] R.Hadrich, La protection de la marque en droit tunisien, Th. Strasbourg, 2006-2007, °783, p. 343.s.

[358] تعقيبي مدني عدد 5836 مؤرخ في 22 ديسمبر 2000 ، ن.ص.84.

[359] رغما عن توفر ما يغري بالأمر، إذ أن العلامة هي لوي فتون الشهيرة. Louis Vutton

[360] Ph.Le Tourneau, De la modernité du chapitre du code des obligations et des contrats portant sur la responsabilité délictuelle, in Le centenaire du COC, préc.p.425s; M. A. Frison-Roche, M. Stéphane-Payet, Droit de la concurrence, I[ère] éd. D. 2006, n°3, p.3; Paris, 29 déc. 1852, 2, D.P., 1853, 2, 163.

[361] M. Chagny, La notion de dommages et intérêts punitifs et ses répercussions sur le droit de la concurrence, J.C.P., 2006, G. I, 149.

القانون، فيعيد ارتساما أسس لعودة العقاب الخاص في المسؤولية[362] . وأصبح هذا الخطأ موضوع اقتراح تنقيح تشريعي في المجلة الفرنسية[363] ، رغما عن أن النصوص الأوروبية تحفظت عنها، واعتبرتها مخالفة للنظام العام في ديباجة ترتيب روما I المتعلق بالقانون المنطبق على العقود الدولية[364]. ولكن القضاء الفرنسي نبه إلى أن غرم الضرر العقابي لا يخالف في مبدئه النظام العام بالمعنى الدولي ، إلا إذا كان غير متناسب مع غرم الضرر التعويضي، ورفض لهذا السبب إكساء قرار أمريكي بالصيغة التنفيذية[365]. ولا يبدو القضاء التونسي مؤيدا لإرساء غرم الضرر العقابي، "لأن التعويض ليس عقوبة جزائية، ولا يمكن أن تكون جسامة الخطإ في نهاية الأمرهي المحددة في تقدير التعويض" [366].

---

362 Dreyer E., La faute lucrative des médias, prétexte à une réflexion sur la peine privée, J.C.P. G. 2008, I, n° 201.

363 Ainsi l'article 1371 de l'avant-projet dispose que : « l'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public. La décision du juge d'octroyer de tels dommages-intérêts doit être spécialement motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages-intérêts accordés à la victime. Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas assurables ».

364 H. Gaudemet-Tallon, Protection de la victime et évolution du droit international privé de la responsabilité délictuelle, Etudes Bruno Oppetit, Litec 2009, p. 261, sp.276.s.

365 Civ. 1ère déc.2010, D. 2011, p.423, note F-.X. Licari. Si le principe d'une condamnation à des dommages et intérêts punitifs n'est pas, en soi, contraire à l'ordre public, il en est autrement lorsque le montant alloué est disproportionné au regard du préjudice subi et des manquements aux obligations contractuelles du débiteur. Voir dans la note la position des Cours de cassation européennes, sp. 424, note 1.

366 تعقيبي جزائي عدد 24603 المؤرخ في 01 مارس 2008، ن. ج، ص.259. قارن بالقرار عدد 39222 في 23 سبتمبر 2010 ، غير منشور، الذي حدد تقدير القاضي للضرر والنزول عن التعويض الكامل والتخفيف عن المسؤول عند اقتراف خطإ عادي معقول. أما إذا كان الخطأ من قبيل التغرير، فالمبدأ يقضي الالتزام بقيمة الضرر الكامل، ويستخلص منه عدم جواز الترفيع فيه لينقلب عقابا خاصا.



الخطأ كسبيل الثراء هو خطأ مقصود يرمي مقترفه إلى الحصول على أرباح هامة، وذلك لأن المنتوج الاقتصادي الذي يتولى تقليده أو استثماره ضد مصالح صاحبه الحقيقي يحقق أرباحا طائلة، لا تتناسب مع الغرامة التي يقضى بها ضده[367]. واقترح الفقهاء فيه اعتبار غرم ضرر عقابي " dommages punitifs" "Punitive damages" و تطبيقه، وذلك لأن الفرق شاسع جدا بين الغرامة وبين ما يجنيه مرتكب هذا الخطأ التجاري القصدي. ومن أمثلة الاعتداء القصدي على بعض الاكتشافات العلمية التي يحميها القانون بوصفها ملكية فكرية مجددة، بعض أنواع المنظومات، وهي إرشادات وتعليمات تمكن من تنفيذ برنامج إعلامي معين. ونظرا لما تحققه البرمجيات الجديدة من إثراء باهر، توخى بعض المتاجرين غير النزهاء الحصول على نسخة من البرمجة وترويجها مقابل أرباح هامة، وهي من تطبيقات الخطأ التقصيري في ميدان المعاملات التجارية[368].

ويبقى الفصل 92 م اع رهين رؤية تنافسية تقليدية، تقيّم السلوك التجاري الضار بمصالح التجار، تفترق عن الرؤية الكونية الاقتصادية التي تقترن بالسوق وتنظيمه، وتدرس التداعي عليه بسبب الهيمنة الاقتصادية والاتفاقات بين الشركات والتعسف في نظام السوق[369].

---

367 وقد طبق في القانون البحري الفرنسي في ظل قانون 2 أفريل 1936، واقترح روديار إقحام المصطلح سنة 1966، فلم يحظ اقتراحه بالقبول. والطريف أن بعض القرارات طبقت ذلك المصطلح.
P. Bonassies, Ch. Scapel, Droit maritme, L.G.D.J, DELTA, 2007, n°1115, p. 719.

368 L. Grynbaum, Une illustration de la faute lucrative:" le piratage" des logiciels, D. 2006, Cah. dr. aff. Chr., p. 655.

369 G. Goffaux Callebaut, Le préjudice en droit de la concurrence, in, Les transformations de la notion de préjudice, Hokkaido Journal of new Global Law and Policy, Vol V, 2010, n°2, p.37.

92. كان التفاعل بين أحكام المسؤولية المدنية والنشاط الرياضي، موضوعا استرعى اهتمام الفقه[370]. وتدخل المشرع لتنظيم ذلك النشاط في القانون عدد 104 لسنة 1994 المؤرخ في 3 أوت 1994 والمتعلق بتنظيم وتطوير التربية البدنية والأنشطة الرياضية[371]، وهو ما يوضح أن أحكام المسؤولية لها ميزات خاصة إذا اقترنت بقواعد اللعبة، ميزات تنتقل إلى تعريف الخطأ الرياضي. التفاعل بين المسؤولية المدنية والنشاط الرياضي استرعى اهتمام الفقه، الذي بسط السؤال الآتي: هل يتمادى تعريفه بالاعتماد على الإهمال والانحراف عن السلوك العادي، أم أنه خصوصيته تميزه عن هذا المفهوم التقليدي؟

وهومبدئيا خطأ تقصيري، لعدم وجود علاقة تعاقدية ضمنية[372]، فإذا كان للخطأ دور في النشاط الرياضي، فهل ينصب تعريفه في الإهمال والانحراف عن السلوك العادي، أم أن خصوصيته تميزه عن هذا المفهوم التقليدي؟ هل ان تقدير الخطأ يكون بشكل مجرد وفق معيار رب الأسرة الصالح، أم هل أنه تقدير يعتمد معيار الرياضي الصالح؟

370 G. Durry, L'adéquation des notions classiques de la responsabilité au fait sportif, les problèmes juridiques du sport, responsabilité et assurance, Economica, 1984,p. 19

371 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 62، 9 أوت 1994،ص. 1379.

372 P. Misretta, Extension de la responsabilité civile sportive, JCP, 1998, I, 116, p. 424, n° 8.



لم يخف الفقه تلك الخصوصية[373]. ذلك أن النشاط الرياضي تجاوز الجهد العادي وللقدرات الذاتية، تحقيقا لأفضل النتائج والغايات[374]. هذا التحامل على النفس، لا يخرج وجوبا عن "احترام نظم اللعب والتحلي في جميع الظروف بالروح الرياضية"، وفق صيغة الفصل 26 من قانون 3 أوت 1994، وهو نمط سلوكي لا يرجع إلى أب الأسرة الصالح، بل إلى نمط الرياضي الصالح، ليتغير مفهوم اللامشروعية في النشاط الرياضي ويرتفع إلى مرتبة مغايرة لما هو عليه في الخطأ العادي[375]. وإذ لم نعثر على تعريف قضائي واضح في نظامنا، فالثابت بداهة أنه لا يتطابق مع الخطأ القصدي الناجم عن العنف والاعتداء المجاني، والثابت كذلك أنه يقدر بالنظر إلى نظام اللعب والروح الرياضية. ويعني ذلك أن الرياضي ذو طاقة خاصة تضعف الانعكاس العادي للحذر[376]. ويمكن في هذا الصدد الاستئناس بالقضاء الفرنسي لكثرة التطبيقات العملية فيه[377]، ولتأصيله للفعل الضار المرتب لمسؤولية الرياضي .

فبعد أن اعتبر الأمر قائما على خطأ ضد قواعد اللعب[378]، اعتمد على خطأ متميز بخرق قواعد اللعب[379]، ونتيجة لذلك اعتبر اتجاه ثان أن الخطأ

373 G.Viney et P. Jourdain, Les conditions de la responsabilité, L.G.D.J., 3 ème édition, n° 573 ; Ph. Brun, op. cit. n° 372, p. 193. Collomb P., La responsabilité des acteurs sportifs, Lamy Droit du sport, n° 660.

374 P.Collomb, La responsabilité des acteurs sportifs, Lamy Droit du sport, n° 660 : Les activités sportives « visent à l'optimisation de ses potentialités et à la performance, qui supposent un report de ses propres limites ».

375 J. Mouly, La spécificité de la responsabilité civile dans le domaine du sport, légitime résistance ou inéluctable déclin, RLDC 2006, , n° 29, p. 61 n° 15 s.

376 Energie particulière inhibitrice des réflexes habituels de prudence, Jourdain R.T.D.Civ. 2003, p. 461. Du même auteur, A propos de la faute en matière sportive, in mélanges J.Foyer, Economica 2008, p.559s ; F. Buy, J-M. Marmayou, D.Poracchia et F.Rizzo, Droit du sport, LGDJ 2ème éd. 2009, n° 911s.

377 Voinot D., La faute en matière sportive, R.L.D.C 2000/4, p.13.

378 Faute contraire aux règles de jeu.

الرياضي يخرج عن بوتقة الخطأ الخاص المتميز، و فاقد لمميزات خاصة به، ليقترب من الأحكام العامة للقانون، فلا حاجة لمعارضة الخطأ ضد اللعب والخطأ في اللعب. ولا وجاهة حينئذ في اعتماد معيار الرياضي الصالح، لأن الخطأ هو انحراف عن سلوك الرجل اليقظ العادي، بالنظر إلى مخالفته لقواعد اللعبة فقط[380]، مما ييسر قيام الخطأ وينزل شرط اللامشروعية درجة دنيا[381]، وفي الأمر قبول بالمخاطر العادية التي يشرعها النشاط الرياضي.

ولكن أنصار المذهب الثاني لم يتخلفوا عن إعطاء حجج تدعم تفسيرا مغايرا لتلك القرارات، مفادها أنها لم تتخل عن الخطأ الرياضي الخاص، وعن خروجها عن النزاهة في ممارسة اللعبة ، ليقبل أغلب الفقهاء بهذه الخصوصية التي تميزه عن الخطإ التقليدي[382]. فالنشاط الرياضي يقوم على تحامل على النفس، وبذل لأقصى جهد بدني، ولكنه مع ذلك لا يمكن أن يخرج على احترام قواعد اللعب. وقد جاء القانون عدد 104 لسنة 1994 المؤرخ في 3أوت 1994 ليلزم في الفصل 26 بالتخلي في جميع الظروف بالروح الرياضية.

**93.** النمط السلوكي في الرياضة يرتقي إلى مرتبة مغايرة عن الخطإ العادي . دقة تقدير الخطأ الرياضي تمكن في ارتباطه مع قواعد اللعبة. أخطاء اللعب، أي الخطأ الفني كلمس الكرة باليد، والمبالغة في الدفع، لا ترتب مبدئيا المسؤولية المدنية، إلا إذا كانت هذه القواعد متعلقة بضمان السلامة، فيكون خرقها مرتبا للمسؤولية المدنية. فلا حق للملاكم في تسديد الضربات تحت حزام خصمه. و في رياضة الكاراتي، تقتضي قواعد اللعبة استعمال الأيدي مغلقة،

---

379 Faute caractérisée par une violation des règles du jeu, Cass. Civ 2ème, 10 Juin 2004, RTDciv. 2005, p. 137 obs. Jourdain.

380 Voinot D, op. cit.n°20.

381 Mouly J., op. cit.

382 Patrice Jourdain, A propos de la faute en matière sportive,préc.



دون فتح الأصابع، قصد لمس المنافس في موطن بدني. وهذه في الواقع قواعد فنية تهدف إلى المحافظة على سلامة المنافس، وترتب عند اقترافها ترتيب المسؤولية المدنية [383]. كما إن الأخطاء التي تقوم على إهمال مبالغ فيه، لعدم تناسب الحركة الرياضية مع إمكانية الطرف الآخر في تجنبها، كأن يتولى مدرب المصارعة القيام بمسك ضدّ مبتدئ، مع حركة لا يقوى على ردّها أو التفاعل معها، هي أخطاء رياضية. ولذلك فإن تعريف الخطإ الرياضي يخرج عن مفهوم خرق قواعد اللّعبة الفنية، ليعرّف كخطإ يخالف قواعد اللعبة. ويثير التقدير قضية الإهمال المفرط، كحركة انزلاقية أدّت إلى الإضرار بلاعب كرة قدم منافس. قضاء الأصل في فرنسا رتب مسؤولية اللاعب، لكن محكمة التعقيب الفرنسية نقضت لأن القرار لم يعلل تعليل يرتقي بمسألة الإخلال بقواعد اللعبة إلى درجة اليقين. محكمة الإحالة اعتبرت مع ذلك قيام الخطإ الرياضي، بسبب الدرجة الخطيرة والعنيفة للحركة والتدخل[384].

وبذلك فإن خصوصية الخطإ الرياضي تقوم على معيار الرياضي الصالح، وهو يتجاوز الخطأ الفني، ليتحدد بالإخلال بقواعد السلامة والحيطة. كما أن قرارات الحكم لا تتمتع بأية حجية على تعريف الخطإ المدني، لأنها غير ذات سلطة على القواعد القانونية، فالقواعد الفنية ليست في حد ذاتها قواعد قانونية مدنية[385].

---

383 Civ.23 septembre 2004, D. 2005, p. 551. note B. Brignon.

384 CA Angers, 7 oct. 2005, D. 2006, p. 1733, note D. Jacotot.

385 Civ. 2ème, 10 juin 2004, Bull civ. II, n° 296 ; J.C.P. 2004, II, 10175, note F. Buy ; Gaz. Pal. 12-14 déc. 2004, note F. Polère, R.T.D.civ. 2005, p. 137, obs. Jourdain.

اصيب لاعب بجراح خطيرة والحكم اعتبر سلوك المتسبب في الضرر عاديا لتوافقه مع أصول اللعبة، ورغم ذلك فإن القضاء رتب المسؤولية المدنية.

Mais attendu que le principe posé par les règlements organisant la pratique d'un sport, selon lequel la violation des règles du jeu est laissée à l'appréciation de l'arbitre chargé de veiller à leur application, n'a pas

94. وبالنظر إلى نظام الضمان والتأمين الإجباري الذي أرساه الفصل 27 ف. 2[386]، يمكن أن تترتب المسؤولية بناء على خطأ عادي. فصيغة الفصل تتطرق إلى الأخطار بصيغة عامة، دون حديث عن قبولها من ممارسي الرياضة، ودون تفريق بين العادية وبين ما يخرج عن إطار اللعبة، وهو ما ينعكس ضرورة على تعريف الخطإ والفعل الضار عموما. ولكن القضاء اعتنق موقفا مغايرا، ترك لامشروعية السلوك جانبا، ليحوّل النظام إلى ضمان مطلق لكل ضرر، مهما كان مصدره، يصيب ممارس اللعبة في حادث رياضي[387]، حتى ذلك الذي يلحقه من تلقاء نفسه عند الحصص التدريبية[388]، أو في مرحلة الحركات التسخينية، أو عندما يسقط متعثرا على أرضية الملعب، دون أدنى التفات إلى اشتراط الخطأ. فيكفي توفر الفعل المادي مثل الاصطدام العفوي —

pour effet de priver le juge civil, saisi d'une action en responsabilité fondée sur la faute de l'un des pratiquants, de sa liberté d'apprécier si le comportement de ce dernier a constitué une infraction aux règles du jeu de nature à engager sa responsabilité ».

386 يتعين على المنظمات الرياضية والهياكل التي تنظم أنشطة رياضية أن تؤمن ممارسي الرياضة ضد الأخطار المنجرة عن تعاطي الأنشطة الرياضية.

387 المحكمة الابتدائية بصفاقس ، قضية عدد 44182 بتاريخ 28 جوان2007: وحيث لا جدال في تعرض المتداخل لحادث رياضي أثناء التمارين الرياضية خلف له أضرارا بدنية وفي تمتعه بصفة المجاز في جمعية رياضية صنف أصاغر وانحصر النزاع في مدى أحقيته في المطالبة بالتعويض وفي نسبة التعويض المحمولة على كل طرف الموجهة عليه الدعوى...وحيث أن الجامعة التونسية لكرة القدم مسؤولة مدنيا عن الأضرار اللاحقة باللاعبين أثناء المباريات حسب ما يتضح من عقد التأمين الرابط بين الجامعة وشركة التأمين كومار الذي ورد به أن الأضرار التي يتسبب فيها المؤمنون (ومن بينهم اللاعبين حسب التعريف المنصوص عليه بطالع العقد ) والمنجرة لهؤلاء غير مشمولة بالضمان إلا عندما تجد أثناء التمارين والمباريات والتنقلات الواقعة تحت رقابة وإشراف ومسؤولية الجامعة لكرة القدم...وحيث ثبت من مظروفات الملف وخاصة من التحريرات المكتبية أن المتداخل قد تعرض لحادث رياضي تمثل في إصابته على مستوى رجله اليسرى أثناء المباراة المجراة بين فريقه المطلوب الأول وفريق من ولاية سيدي بوزيد. وحيث أن المباراة المذكورة تمت تحت إشراف ورقابة الجامعة التونسية لكرة القدم وان اللاعب المتضرر هو لاعب مجاز من الجامعة وبالتالي فإن الأضرار التي أصابته تكون تحت مسؤولية الجامعة حسب ما اقتضته بنود عقد التأمين المذكور أعلاه.

388 المحكمة الابتدائية بصفاقس، قضية عدد 41274 التام بتاريخ 18جوان 2007، " وحيث يتجه إلزام الجامعة بوصفها مسؤولة عن الأضرار اللاحقة باللاعبين أثناء الحصص التدريبية بدفع المبلغ المتبقي المستحق من المتضرر بخصوص الضرر البدني ومصاريف التداوي والعلاج والغرم عن الضررين المعنوي والجمالي".



ولئ وصفه القضاء بشبه جنحة —، ليترتب التعويض على كاهل الجامعة التونسية[389]، بل إن المسؤولية آلية تقوم بارتباط الضرر سببيا مع الحادث الرياضي. فقد أكدت محكمة الاستئناف بصفاقس[390] أنه" بالإطلاع على عقد التأمين سند الدعوى يتبين أن المستأنفة هي المسؤولة المدنية عن كامل الأضرار التي تحصل للاعبين أثناء سير المقابلة الرسمية، مهما كان نوعها، وبالتالي فإن الاصطدام الذي حصل بين اللاعبين يدخل في هذا الإطار دون لزوم إثبات أي خطأ". وينتج عن هذه المسلمات إسقاط القضاء كل تقدير لأي سلوك على ضوء ضابط الرياضي العادي الملتزم بنظم اللعب والروح الرياضية، مكتفيا بالأذى اللاحق به، ولو بسبب التحام عادي تفرضه أحكام المنافسة[391]، ليضمن له التعويض عن ذلك. والخلاصة أن القضاء فسر — على ضوء وجود عقد التأمين الذي أبرمته الجامعة — ، مصطلح الأخطار ليرادفه

389 قرار محكمة التعقيب عدد 6135 بتاريخ 18ديسمبر2006، " حيث أنه بخلاف ما تمسك به نائب المعقبة فإن الجامعة التونسية لكرة القدم هى الساهرة على تنظيم المباريات الرياضية في الجمهورية التونسية التي تندرج ضمن المسابقات الرسمية، وهي المسؤولة مدنيا عن كامل الأضرار التي تحمل لاعبين أثناء سير المباريات *مهما كانت أسبابها*، طبق ما نص عليه الفصل 61 من الأنظمة العمومية الصادر بموجب قانون 3أوت1994، وهو ما أحسنت تطبيقه محكمة الحكم المنتقد، دون تحريف للوقائع، كما أنه لما تم الحكم ضد المعقبة بتحمل الفارق في غرامة التعويض غير المشمول بعقد التأمين، فإن ذلك قد تم تطبيقا لأحكام الفصل 2 من العقد المذكور، ودون أي خرق له مما يتجه معه رد هذا المطعن.
حيث أن القيام تأسس ضد الجامعة التونسية لكرة القدم بوصفها مسؤولة مدنية عن الأضرار البدنية اللاحقة باللاعبين الناشطين في إطارها، باعتبار تضرر المعقب ضده شمس الدين من *اصطدام* عفوي مع لاعب أخر بمناسبة مقابلة في كرة القدم، أي أن الضرر ناتج عن شبه جنحة مدنية يتجه للحكم بالتعويض عنها الاستناد إلى أحكام الفصل 107 م. ا. ع. وما وجود شركة التأمين كطرف في القضية إلا بوصفها تؤمن المسؤولية المدنية للجامعة التونسية".

390 قرار عدد 15165 صادر بتاريخ 23ماي2006، غير منشور.

391 الحكم الابتدائي عدد 38386 الصادر عن المحكمة الابتدائية بصفاقس بتاريخ 25أفريل2005، غير منشور.
"وحيث أن ما تمسك به نائب المطلوبة الثالثة بخصوص عدم ثبوت خطأ المطلوبة الأولى هو دفع في غير طريقه، ضرورة أنه وبالإطلاع على عقد التأمين سند الدعوى، تبين أن المطلوبة الأولى هي المسؤولة المدنية عن كامل الأضرار التي تحصل للاعبين أثناء سير المباراة الرسمية، سواء كانت تلك الإصابة ناتجة عن التحام مع لاعب ثان أو ناتجة عن التجهيزات التي توفرها الجامعة لممارسة تلك المباريات، ودون لزوم لإثبات أي خطأ في جانبها، واتجه بالتالي رد هذا الدفع، واعتبار المطلوبة الأولى مسؤولة عن الأضرار الحاصلة للمقام في حقه".

بمفهوم الأضرار الفردية أو غيرها. فانقلبت المسؤولية من صورة ذاتية خاصة بالرياضة إلى نظام موضوعي سنده الضمان[392].

وتتجلى الفائدة، عند ترتيب مسؤولية الفرق عن فعل اللاعبين. الطريف أن النظام التونسي اتجه إلى تغطية تلك الأخطار بواسطة التأمين الذي تكتتبه الجامعة التونسية[393]. والأجدى بالنظر إلى سقف التعويض الذي يناله اللاعب، وعدم تناسبه مع حقيقة الأضرار عند اللاعبين، خاصة منهم المحترفين[394]، تمكين كل متضرر من التداعي ضد شركة تأمين المتسبب في الضرر، سواء بفعله أو بفعل الشيء الذي في حفظه لاحقا للحصول على تعويض كامل، دون إثارة مسؤولية الجامعة عن فعل الغير. مسؤولية موضوعية تلك التي أرساها القضاء، ليجعل الفعل السببي مولدا لأحكام المسؤولية في الرياضية.

### ب ـــ إدراك التعدّي

**95.** هو الركن المعنوي للخطإ. ويؤدي إلى إسناد الخطإ[395] على من اقترفه، ويفيد أن المسؤول يدرك أنّه ينحرف عن السّلوك العادي، ويعلم أنّه يتولى خرق التزام قانوني، أو عرفي، أو قضائي. ويقتضي هذا بداهة وجود

[392] انظر المنشور عدد 8 المؤرخ في 7 فيفري 2002، الصادرعن وزيرالشباب والطفولة والرياضة حول تامين رياضيي النخبة، المتعلق بتأمين الرياضيين ضد الحوادث الفردية، و المسؤولية المدنية، والتامين على السفر، مذكور عن ضو شامخ و الهادي بوقراص، قانون الرياضة، منشورات دوفاكتو، 2010، ص.339. ولايقوم العرض المقبول من مؤسسة مجمع تونس للتأمين سنة 2005 على مبدإ التعويض الكامل.

[393] المنشور عدد 16 المؤرخ في 31أوت 2005، الصادرعن وزيرالشباب والرياضة والتربية البدنية، حول تامين الرياضيين المنتمين للجمعيات و النوادي الرياضية، والذي يدعو النوادي و الجمعيات إلى إبرام عقود تامين للرياضيين المنتمين إليها تتلاءم والتطور الحاصل الذي تشهده الرياضة بتونس. المرجع المذكور، ص. 338.

[394] هناك دعوة لإعادة هيكلة النوادي الرياضية المحترفة.

S.E.I. Ben Jomaâ, L'inadaptation des structures juridiques actuelles des clubs sportifs professionnels tunisiens : constat et perspectives, A.J.T., n°18, 2003, p.59.s.

[395] Imputabilité.



ركن التمييز لدى من ينسب له التعدّي. وقد نص الفصل 105 م إ ع على ذلك، "لا ضمان على الصغير غير المميّز وكذلك المجنون حال جنونه وإذا كان الصغير درجة من التمييز تمكنه من معرفة العواقب وجبت عليه العهدة". وضع المشرع لترتيب المسؤولية التقصيرية شرط إدراك التعدّي، أي التّمييز بين الخير والشرّ، ومعرفة عواقب الأمور، وهو معيار موجود في عديد الأنظمة المقارنة، إلا أن بعضها لا يربط بين التمييز وبين سنّ محدّدة، بل يترك الأمر لتقدير القاضي، مثل مجلة الكيباك والقانون الانقليزي. إلا أن القانون التونسي لم يترك الأمر لتقدير القاضي. فهو يرتبط في تفسيره بأحكام مجلة الأحوال الشخصية في فصلها 156، الذي يضع قرينة قانونية قاطعة، تفيد أن من لم يبلغ 13 من عمره يكون غير قادر على معرفة عواقب الأمور لفقدانه التمييز. ولذا، فلا بدّ لإدراك التعدّي تجاوز هذه السّن للتفرقة بين النافع والضار.

**96.** ولا نلمس ميزا لدى الذوات الاعتبارية. والملاحظ أن مجلة الالتزامات والعقود لم تهمل التعرض إلى الذوات المعنوية في أحكامها العامة. فجاء الفصل 5 منها ليقيس نظام التزامها على التزام عديم الميز. وهي مختلفة في هذا النهج عن المجلة الفرنسية التي تعاملت مع الالتزام، ومع أحكام المسؤولية من زاوية فردية صرفة، لم تول للذات الاعتبارية على اختلاف أشكالها أي نظر. و في الأمر انعكاس لنظام اقتصادي قائم على النشاط الفردي، وإمعان في البعد الأخلاقي للمسؤولية الذي ارتضته المجلة المدنية الفرنسية[396]. ويغلب في هذا الموطن البعد الوظيفي للذات المعنوية على نقاش احتدم بين أنصار نظرية تفترض الإرادة عند الحديث عن مسؤولية الشخص الاعتباري، فترى الأمر مجازا وافتراضا، في حين يتطرق آخرون إليها كحقيقة لا ريب

[396] G.Viney, Modernité ou obsolescence du code civil , préc.p.1043.

فيها[397]. وللتذكير فإن النقاش قام " حول الاختلاف بين أنصار نظرية الافتراض الذين لا يرون، في غياب النص، إمكانية للتمتع بالشخصية القانونية، وأنصار النظرية الواقعية الذين لا يربطون بين هذه الإمكانية وموقف النص التشريعي. ويترتب عن الموقف الأول أن الذوات المعنوية تنحصر في الذوات التي لم يصمت في شأنها المشرع وهو ما يعني أن للتشريع الاختصاص المنفرد والمطلق في المجال"[398].

**97.** إثارة مسؤوليتها امتداد لقطع العلاقة بين الميز والخطأ. وفيه تغليب للقصد التعويضي، ومراعاة لمصلحة المتضررين بعد القبول بالخطإ الموضوعي[399]. وقد أتاح تعريف الذات الاعتبارية كشخص قانوني[400] يتحمل

---

397 Sur la discussion, G. Wicker, La théorie de la personnalité morale depuis la théorie de Bruno Oppetit, Mélanges B. Oppetit, Litec, 2009,p.691s ; Borghetti, La définition de la faute dans l'avant-projet de la réforme du droit des obligations ,art. préc.

محمد كمال شرف الدين، قانون مدني، النظرية العامة-الأشخاص-إثبات الحقوق، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2002 ، ف. 235، ص. 236.

N. Baruchel, La personnalité morale en droit privé, Eléments pour une théorie, L.G.D.J, 2004, n° 32 et s.Ph. Malaurie, Nature juridique de la personnalité morale, Rép.Défrénois, 1990,p.1068, art.34848.

398 محمد كمال شرف الدين، قانون مدني، النظرية العامة ـ الأشخاص ـ إثبات الحقوق، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية،2002،ف. 240، ص. 240. ويرى "أن القانون التونسي يميل إلى نظرية الافتراض ولا يعتد بالنظرية الواقعية". في حين أن القضاء الفرنسي أرسى على العكس الرؤية الواقعية.

Cass. 2$^{e}$civ., 28 janv. 1954, J.C.P 1954, II, 7978, concl. Lemoine; D. 1954, p. 217, note G. Levasseur. Brun, préc. n° 299, p. 189.

399 A.Bories, La responsabilité des personnes morales, Revue Recherche Juridique, 2006, p.1329, sp.n°4, p.1331.

400 N. Baruchel, La personnalité morale en droit privé, Eléments pour une théorie, L.G.D.J., 2004. S. Carval, La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée, LGDJ, 1995, n° 298. Civ 2éme, 28janvier 1954, D. 1954, p.217, note G. Levasseur : La personnalité civile n'est pas une création de la loi ; elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites dignes, par suite, d'être juridiquement protégés.



الواجبات، أرضية مناسبة لترتيب تلك المسؤولية[401]. ولا يمنع هذا الفقدان من ترتيب مسؤوليتها المدنية على أساس الخطأ[402]، رغم تحفظ بعض الفقهاء عن تصور ركن الإسناد للذات المعنوية، واقتصار الفرضية على الشخص الطبيعي، ذلك أن الخطأ لا يكون إلا شخصيا ونابعا من إرادة إنسانية واعية[403]. فالأصل أن الميز مطلوب لدى من يمثلها[404]. ولا نجد صعوبة في قبول هذه المسؤولية. فعلى خلاف المسؤولية الجزائية[405]، التي تعرض الجاني لعقوبات مختلفة، لا تستهدف المسؤولية المدنية إلا ذمة الذات الاعتبارية في التعويض. فتقوم مسؤوليتها الشخصية من خلال سلوك من يمثلها[406]، أو لخلل وظيفي أو

---

401 Civ 2éme, 17 juillet 1967, R.T.D.Civ. 1968, p. 149, obs. Durry. Arrêt de principe rendu sous le visa de l'article 1382.

402 القانون السوري تطرق للخطإ الشخصي في الفصل 164من المجلة المدنية دون أن تنسبه للإنسان فقط كما اتسم بذلك القانون الفرنسي في الفصلين 1382 و1383، فكان إطلاق تلك الصيغة سبيلا إلى عدم تقييدها و إلى التسليم بمسؤولية الشخص الاعتباري، وحيد الدين سوار، المصدر المذكور،فقرة 687، ص.63 تعليق عدد2.

403 A. Bories, art. préc.n°11s, p.1136s; Y.Lambert-Faivre, L'éthique de la responsabilité, RTDciv. 1998, p. 6 « *La faute ne saurait être « objective » : elle est subjective c'est-à-dire imputable à un sujet doué de discernement, ou elle n'est pas* ».

404 يرتكز التمثيل في العقد وفي المسؤولية التعاقدية على النيابة من خلال الوكالة المسندة للمسيرين و غيرهم في تمثيل الشركة أو الذات الاعتبارية. ولكن النيابة لا تؤدي حسب الرأي الغالب إلى قيام المسؤولية التقصيرية للموكل.

F. Collart Dutilleul et Ph. Delebecque, Contrats civils et commerciaux, 8$^{e}$ éd.Dalloz 2007, n° 658, p. 550. A. Bénabent, Droit civil, Les obligations, 12$^{éme}$ éd, Domat, 2010, n° 599, p. 422.

وبالنسبة للرأي المخالف

Ph. Didier, De la représentation en droit privé, LGDJ, 2000, n° 303.

405 A. Belhadj Hammouda, Jusqu'où peut-on aller dans l'anthropomorphisme de la personne morale en droit pénal?, RTD 1995, p.11s. F. Belknani, La responsabilité pénale des personnes morales, Mélanges Sassi Ben Halima, C.P.U., 2005, p.482s.

406 وقد قبل من نادى بنظرية الافتراض القانوني للشخصية الاعتبارية، بعد نفي تصور مؤاخذتها مدنيا لانعدام الإدراك لديها واستحالة نسبة أي فعل إليها، بوجاهة مساءلتها. وذلك لأن" القانون إذ افترض للشخص المعنوي وجودا قانونيا يتمثل في اعترافه له بالشخصية القانونية قد افترض له بالتالي إرادة هي إرادة الشخص الطبيعي ذي الصفة في مباشرة نشاطه..." سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الأول، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، الطبعة الخامسة 1992،ف. 162، ص. 418. وقد عادل القضاء المصري بين الشخص

تنظيمي، تأسّيا بالقانون الإداري، كما جاء ذلك في مشروع تنقيح القانون المدني الفرنسي[407]. والخلاصة أن الذات الاعتبارية ذات مجرّدة، فلا وجود مادّي يظهرها، ولا ميز عندها. ويبقى الإسناد، من الزاوية التقليدية الذاتية، ركنا ضروريا لقيام تلك المسؤولية. وهو على غرار المسؤولية الجزائية مصطلح يفترض الوعي بالسلوك ونتائجه وأبعاده. ولكنه في هذا المقام، وعلى ضوء الخطإ الموضوعي تغير واندثر في المسؤولية التقصيرية، ليتحول إلى شرط مناطه قابلية إسناد الفعل للشخص[408].

**98.** والحديث عن مسؤوليتها الشخصية أمر وارد يستسيغه المنطق القانوني[409]. وينسب لها الخطأ الذي يرتكبه مستخدموها أو ممثلوها

---

الطبيعي و الشخص الاعتباري: نقض 22ماي 1968، المحامون 1968،ص. 223: الدولة أو أشخاص الحق العام كالأفراد في تعيين مسؤوليتها عن أعمالها الضارة من حيث ضرورة توفر عنصر الخطإ والضرر والسببية لمساءلتها، مذكور عن وحيد الدين سوار، المصدر المذكور،ف. 687، ص.65.

407 J.S. Borghetti, La définition de la faute dans l'avant-projet de la réforme du droit des obligations, préc.p.301. Art1353 de l'avant- projet" La faute de la personne morale s'entend non seulement de celle qui est commise par un représentant, mais aussi celle qui résulte d'un défaut d'organisation ou de fonctionnement".

408 M. Fabre- Magnan, op.cit. n° 66, p.170, la possibilité d'imputation.

409 حتى و إن رأى بعض الفقهاء أن المسؤولية الشخصية لا تتصور لدى الذات الاعتبارية، وأنها تقوم مقابل النشاط الذي تمارسه وليس اعترافا باجتماع عدة أشخاص يتولى أحدهم بوصفه عضوا أو هياة تمثل الشركة. وعليه فإن النظرة القائمة على فكرة مستمدة من الهياة لا تترجم بحق المسؤولية الشخصية للذات الاعتبارية. ولا مجال للتطرق في خصوص من يمثلها إلا عن مسؤولية عن فعل الغير.

A. Bories, art. préc. n°16, p.1339. Après une critique de la conception organiciste, l'auteur conclut au rejet de la responsabilité personnelle subjective, fondée sur les articles 1382 et 1383 C.civ. «...si la personne morale ne peut commettre de faute, elle peut néanmoins être responsable. Le dogme de la réparation est sauf, et la cohérence du régime de la responsabilité de la personne morale restaurée, si l'on admet que celle-ci est responsable du fait de ses dirigeants et organes ».



القانونيون[410]. ولكن هل إن كل خطإ منسوب لهم يحقق مسؤولية الذات الاعتبارية؟ ترتب مجلة الشركات مسؤولية المسيرين عند ارتكابهم خطأ في التصرف أو مخالفتهم لأحكامها على معنى الفصل 207 منها[411]، تجاه الشركاء والغير. تتجلى الفائدة من السؤال بالمسؤولية التقصيرية التي يثيرها الغير، التي تتجاوز التقسيم المنضوي في ذلك الفصل والأخطاء التي عددها[412]. تبسط قضية جوهرية، محورها إسناد الفعل الضار.

**99.** وتكمن الصعوبة في تمييز الخطإ الصادر من الذات المعنوية عن الخطإ الشخصي للممثل القانوني[413]. ويدق الجواب عندما يكون الفعل الضار حاصلا بمناسبة ممارسته سلطاته بالشركة[414]. لا يؤدي ترتيب مسؤولية الذات الاعتبارية قيام مسؤولية ممثلها، لأنها تمّحى و تغيب وراء تلك الذات التي

---

410 تعقيبي مدني عدد 10832 مؤرخ في 22 أفريل 1985، ن. ص .171ويمكن تقريب القضاء المصري في هذا الصدد.... نقض مصري 17 مارس 1948، مجموعة القواعد القانونية، مذكور من سليمان مرقس، المصدر السابق، هامش 680. الشخص الاعتباري كما أن له وجودا افترضه القانون، له إرادة مفترضة هي إرادة الشخص الطبيعي الذي يمثله, فالخطأ الذي يقع من ممثله بصفته هذه يعتبر بالنسبة إلى الغير الذي أصابه الضرر خطأ من الشخص الاعتباري... ولكن الخطأ في التصرف والخروج عن السلطة المحددة في القانون الأساسي ترتب المسؤولية الشخصية للممثل القانوني للشركة.

411 S. Mellouli et S. Frikha, Les sociétés commerciales, Tunis 2008, n°680s. p. 179 s.

412 Op.cit. n°716, p. 187; J.F.Barbieri, Responsabilité de la personne morale ou responsabilité de ses dirigeants ? La responsabilité personnelle à la dérive, Mélanges Y. Guyon, Dalloz 2003, p.41s, n°10, p.47. Com. 9 mars 2010, Rev. soc. 2010, note Le Nabasque, R.T.D.Civ. 2010, p. 575, obs. Jourdain.

413 La difficulté majeure est de devoir articuler l'imputation des faits dommageables aux personnes morales et l'imputation des mêmes faits à ceux qui y exercent des fonctions décisionnelles. Voir, J.Rdenius-Hoeverman, La responsabilité des dirigeants dans les sociétés anonymes en droit français et droit allemend, préf. M. Germain, LGDJ. 2010, n°159s., p.91s.

414 لا مناص من تذكر التوازي هنا مع قضية العلاقة بين الوظيفة وفعل المتبوع دون أن يتطابق الإشكالان.

ينوبها. بلور القضاء الفرنسي في هذا الصدد مفهوم **الخطأ الأجنبي عن الوظيفة، أو الخطأ المنفصل** عنها[415]. و يؤدي غيابه ضربا من **الحصانة يتمتع بها ممثل** الشركة، فتكون الذات الاعتبارية ستارا يحجب عنه كل **مسؤولية**[416]. **وبديهي أن** هذا يحمي الغير في علاقته مع الذات الاعتبارية[417]، **كما يمكنه عند توفره**، من التقاضي مباشرة ضد مسير الشركة. ويفيد، وفق القضاء الفرنسي، **الخطأ** القصدي الجسيم الذي يتنافر مع الممارسة العادية لمهامه[418]. فهل يتحقق بالجريمة القصدية؟ يتبنى القضاء الفرنسي مواقف متقاربة، تجتمع حول القبول بوجود الخطأ المنفصل عن الوظيفة عند اقتراف المسير جريمة قصدية[419]. الخطأ الجزائي يحمل جسامة استثنائية تتنافى مع الحماية الطبيعية للوظيفة[420].

415 « La faute extérieure à la conclusion ou à l'exécution du contrat litigieux» : Com., 8 mars 1982, Rev. Sociétés 1983, p. 573, note Guyon et Mestre, Les sociétés, les grandes décisions, PUF, p. n°11. « La faute séparable ou détachable des fonctions et imputable personnellement ». Sur l'évolution de la jurisprudence française, J.F.Barbieri, Responsabilité de la personne morale ou responsabilité de ses dirigeants ? La responsabilité personnelle à la dérive, préc.n°7, p. 46; Ch.Freyria, Libres propos sur la responsabilité civile de la gestion d'une entreprise, Mélanges L.Boyer, P.U.Toulouse I, 1996, p.179.

416 J.Rdenius-Hoeverman, La responsabilité des dirigeants, préc. n°177, p. 98.

417 Barbieri, art.préc. n°10, p.47.

418 Com. 20 mai 2003, RTDciv. 2003, p.509, obs. P. Jourdain ; J.C.P., 2004, G.101 p.23, obs. Viney ; D. 2003, 1502, obs. A. Lienhard et 2623, note.B. Dondero ; Bull. Joly 2003, 786, note H. LeNabasque ; Rev. Soc., 2003, 479, note J.F Barbieri : « Attendu que la responsabilité personnelle d'un dirigeant à l'égard des tiers ne peut être retenue que s'il a commis une faute séparable de ses fonctions ; qu'il en est ainsi lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales ».

419 Sur la question, M. Fabre- Magnan, op.cit. n°42, p.336. Crim.20 mai 2003, Bull. Joly Sociétés 2003,1166, note Massart. Le dirigeant d'une personne morale qui a intentionnellement commis une infraction, ayant



**100**. ولا نجد تعريفا قضائيا لدينا. ويتجه بسط التوازي مع مسؤولية المتبوع، والأخذ بمعيار اتصال الفعل بالوظيفة، لا سيما مع وجود آراء تبني مسؤولية الذات الاعتبارية مقابل نشاطها الاقتصادي[421]. ويجوز حينئذ نقل المعيار الذي ضبطه **القضاء** في تحديد الخروج عن الوظيفة، واعتباره موازيا **الخطإ المنفصل عن الوظيفة.**

**تبنت المحاكم الخطأ المنفصل عن الوظيفة أسوة بما استقر عليه القضاء الإداري لما أنشأ الخطأ المنفصل عن المرفق. وجاء هذا التجسيم واضحا في حكم ابتدائي**[422]**، تقاضت فيه شركة تأمين ضد مصرفين، مفيدة أن موظفين تابعين لهما استحوذا على أموالهما المودعة لديهما، واقترفا سرقة وتدليسا** لوثائق **محاسبية بقصد الوصول إلى مآربهما. وتمت إدانتهما جنائيا من أجل** ذلك. **ولكن المحكمة الابتدائية ردت دعوى التعويض، وذلك لأن مسؤولية الذات** المعنوية **بوصفها متبوعة "تضمحل بتوفر المسؤولية الشخصية للتابع عما يصدر** عنه **من تصرفات، ولو كان ذلك بمناسبة العمل، متى كان هذا الفعل فيه خطأ** فاحش **منسوب بالأساس للعامل بوصفه تابعا لمؤجره"**[423].

porté préjudice à un tiers engage sa responsabilité civile à l'égard de celui- ci.

420 J.P. Merivet, Rapport de la Cour de cassation, cité par J.F.Barbieri, préc.

421 القضاء المصري اعتبر" مسؤولية الشخص المعنوي مسؤولية تبعية تطبيقا لأحكام مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه". مرقس، الفعل الضار، ف.163، ص. 428.
A. Bories, art. préc. n°49, p. 1359.

422 ابتدائية تونس عدد 8734 في 30 مارس 2002، غير منشور، مذكور في أطروحة حمادي الرائد مسؤولية الصيرفي. أطروحة دكتوراه جامعة تونس المنار.

423 حيث أن المسؤولية التقصيرية القائمة في جانب المتبوع عن فعل تابعه بقطع النظر عن كون المتبوع ذاتا معنوية أو شخصا طبيعيا، وإضافة لانعدام سندها في القانون التونسي من حيث النظرية العامة المؤسسة لها، مع إقرارها في نصوص خاصة تدعم انحصار تطبيقها في نطاقها، لا تقوم إلا بتوفر أركانها وخاصة ركنها الخاص بها وهو وجود علاقة التبعية القانونية والمعتبرة علاوة على وجود الخضوع القانوني للتسيير العام للمتبوع، ووجود الخضوع للأوامر الخاصة للمتبوع في نطاق تنفيذ العمل الموكول له... وحيث ثبت للمحكمة

وانجر عن ذلك، تهافت مسؤولية الشخص المعنوي، وتراجع المسؤولية الشخصية للشخص الطبيعي. وهو ما ينسجم مع توجه القانون الجزائي نحو ترتيب المسؤولية الجزائية للذات الاعتبارية، كمبدأ عام في المجلة الجزائية الفرنسية لسنة 1994، في حين أن ذلك لا يلوح إلا من خلال أحكام خاصة في القانون الجزائي التونسي. ومن سداد الرأي ودقة الملاحظة التقريب بين القضاء المدني والقضاء الإداري[424]، الذي يمنع من إثارة المسؤولية الشخصية للموظف متذرعا بالخطأ المرفقي، أو بتأثير في وصف خطأ الموظف كخطأ بسيط، مهما كانت جسامته وخطورته.

**101.** وقد يروق هذا الحل لموازنته نظريا في المسؤولية بين حقوق المتضرر وعلاقته بالمسؤول، ولكن بعض تطبيقاته في القضاء المقارن أدت إلى تقهقر المسؤولية الشخصية للمسيرين[425]. وبسبب إسقاط الشكل الإنساني على الذوات الاعتبارية، فإن ترتيب مسؤوليتها والتمييز بينها وبين مسؤولية المسير تقوم بالتوالي على إسناد الفعل لها أو له. وتتركز كلاهما على حماية الغير. فالأمر لا يثور في هذا المقام لتحليل مسؤولية المسير تجاه الشركة[426]،

أن ما قام به أعوان المدعى عليهما لم يكن في نطاق أوامر من مشغليهما، وهو من الأخطاء الشخصية الفاحشة والمعاقب عليها قانونا بما ينفي معه وجود ركن خاص بشرط التبعية، الا وهو وجود أمر صادر من المتبوع أو اعتبار الخطأ المنسوب لأعوان المدعي عليهما من قبيل الخطأ العادي في نطاق التصرف العادي المتماشي مع نسق عمل المتبوع، وهو المدعى عليهما في قضية الحال.... وحيث أنه ومن جهة أخرى فإن مسؤولية الصيرفي عما يحصل لعملائه من ضرر نتيجة تصرفاته لا تقوم إلا في حدود التصرف الذي أسند فيه أمرا لأعوانه، سواء كان هذا الأمر عاما بموجب ما يستوجبه التنظيم العادي للعمل، وما يؤطره من قواعد قانونية تنظم النشاط الذي يعمل فيه المصرف، أو أن يكون أمرا خاصا لعملته وأعوانه، مما ينفي مسؤولية المصرف عن الفعل الفادح الإجرامي لمنظوريه.

424 Viney, J.C.P éd. G. 1995, I, 3893, n°7 note 18.

425 Déresponsabilisation, Barbieri, art.préc.n°.45.

426 A. Omrane, La responsabilité des dirigeants sociaux, Etudes juridiques, n°11, 2004, p.247.



بقدر ما تدعو الحاجة إلى رفع حماية الغير إلى مركز الغاية الأساسية في تحديد تلك المسؤولية.

وتتمادى تلك الحماية من خلال مصطلح إضافي وآلية أخرى، تجسمت في خطأ التصرف. فعندما تكون الشركة في وضعية مزدهرة تتحمل التعويض عن أضرار الغير. أما إذا حاقت بها صعوبات اقتصادية وامتنعت عن الدفع، فإن خطأ التصرف ينقلب إلى فعل يرتب المسؤولية الشخصية للمسير طبقا لأحكام سد العجز.

ورغما عن تباين المصطلحات بين القضاء التونسي والقضاء الفرنسي[427] فإن المقصود من الخطأ الفاحش حسب الحكم التونسي يلتقي مع الخطأ القصدي. وتقطع الجريمة الرباط بين مسؤولية الشركة ومهمة المسير وسلطاته[428].

**102.** ويتمادى هذا الشرط في المجلة في الفصل 106 الذي تعدّى للصمّ والبكم ومن بعقولهم خبال، أي اضطرابات جدّية لا تصل مستوى الجنون. كذلك ينتفي الإدراك مع المجنون المطبق. أما إذا كان جنونه دوريّا أي يتجسم في نوبات متفرقة في الزّمان يبقى خارجها ذا ميز كامل وسليم، فإن مسؤوليته في هذه الردهات التي لا تعكر صفو إدراكه تبقى كاملة.

427 Faute détachable des fonctions. R. Besnard Goudet, la faute détachable commise par un dirigeant social engage sa responsabilité à l'égard des tiers. D. 2002, Chr.p.1821.

428 رغم تعليل مخالف يوحي بتعارض بين الدائرة الجزائية لمحكمة التعقيب الفرنسية ودوائرها المدنية والتجارية فإن التوفيق بينها ممكن ويسير.

M. Fabre- Magnan, préc.

المجلة قدّمت تنوّعا اصطلاحيا يتماشى مع التصنيف العلمي في الطب النفسي[429]. فالاضطرابات المتراوحة بين الخبال والجنون المتقطع يعيد إلى أنواع الذّهان psychoses. وهي أمراض تؤدي إلى اضطرابات عميقة وخطيرة في الشخصية، لا تمكن المصاب بها من إدارك عواقب الأمور كلما انتابته، رغما عن أن هؤلاء المرضى يبدون طبيعيين وتعتريهم قدرة على تمييز الأمور خارج أوقات الأزمة. وفي هذا الصنف لا مناص من تقدير القضاء، ولا مناص كذلك من الاستنجاد بالطب النفسي.

**103**. بالنسبة للسكران، فإنّه مسؤول عن فعله، ويطالب بالتعويض عن الأضرار. ولا يكون السّكر المطبق مبرّرا يدرء عنه المسؤولية، حتى وإن كان ثملا إلى حدّ الخلط الشديد للأشياء وعدم القدرة على التميز، بشرط أن يكون هذا السّكر طبقا للفصل 102 م إ ع سكرا اختياريا. أمّا إذا كان السّكر غير اختياري، بالإكراه، أو بالغلط، فلا مسؤولية للسّكران طبقا للفصل 102م ا ع. وبما أن الظّاهر هو أن السّكر اختياري، فعلى من يدّعي خلاف ذلك تحمّل عبء الإثبات.

**104**. المجلة أيضا تتعرّض ضمنيا لمن فقد ميزه لسبب أجنبي، مثل تناول بعض الأدوية المخدّرة، و حالات الصرع، والغيبوبة، وحالات اليقظة الليلية. فهل إن صاحب هذه النّوبات مميز أم لا؟ مجلة الالتزامات والعقود

[429] في حين أن القضاء الجزائي أبقى بوضوح عند تطبيق الفصل 38م.ج. على المدلول التقليدي الذي يرادف بين الجنون المطبق وفقدان الإدراك دون اعتبار للاضطرابات الأخرى. قرار تعقيبي جزائي عدد 13592 مؤرخ في 20 أكتوبر 2007 ن. ج ، ص. 345. "ان مفهوم فقدان العقل مفهوم تقليدي واضح ينصرف إلى فقدان الإدراك بصفة كاملة ومتواصلة ولا يستوعب التطور الحاصل في العلوم الإجرامية في اعتبار حالات الغضب الشديد والعاهات الذهنية وحالات ردود الفعل والحالات النفسية والعصبية والصرع وتأثير المشروبات الكحولية في بعض الحالات وهي شعب ان كان لها تأثير على مستوى الوعي والإدراك والتميز فهي لا ترقى إلى حد مفهوم فقدان العقل".



تربط المسؤولية بوجود التمييز وتعدمها بفقدانه. والجواب يرتبط بتحققه أو انتفائه.

**105**. ما مدى تلاؤم هذا الموقف مع مبادئ المسؤولية المدنية ونظمها المقارنة؟ الإجابة تكون بالنفي إذا كان القصد من المسؤولية تحقيق التّعويض. ويقوم الخطأ تبعا لذلك عند النظرية الموضوعية la faute objective بركن التعدّي فقط، دون اشتراط عنصرية، كما هو الشأن في النظرية الذاتية.الخطأ القانوني يقوم على الانحراف على السلوك المعتاد، بغضّ النظر عن فقدان التمييز. فمثلا إذا وضع مجنون مسامير في الطريق أو حجرا، وألحق أضرارا بالغير، فإن هذا السّلوك غير عادي ومنحرف عن المتعارف عليه. وهو خطأ موضوعي يرتب المسؤولية التقصيرية. هذا الاتجاه الموضوعي نجد له صدى في الفقه الإسلامي، وفي قوانين الدّول العربية التي أخذت عنه أحكامها، كشأن المجلة المدنية العراقية في الفصل 191، الذي ينص "إذا أتلف صبّي مميّز أو غير مميّز مال غيره لزمه الضمان من ماله". المجلة المدنية المصرية ترتب مسؤولية الصغير غير المميز بشكل احتياطي، فلا تقوم مسؤولية الصّبي غير المميّز إلا في غياب المسؤول عن الصّبي، أو عند تعذّر الحصول على التعويض عن فعله الضار. فقد نص الفصل 164 م م م "إذا وقع الضرر من شخص غير مميّز ولم يكن هناك مسؤول عنه أو تعذّر من المسؤول، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل"[430].

[430] تختلف القوانين العربية في موقفها من مسؤولية غير المميز فالمادة 265 من المجلة الأردنية تجعلها إلزامية مطلقا أما المادة 165 من المجلة السورية فقد جعلتها مسؤولية جوازية بالنسبة للقاضي الذي يتعين عليه ان يقدر في التعويض مركز الخصوم كأن يراعي ثراء المتضرر عديم التميز والعكس جائز فيحكم بالتعويض الكامل او بتخفيفه بحسب ذمة الطرفين ويحق له الا يلزم عديم الميز بالتعويض إذا كان فقيرا والمتضرر ميسورا. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ف. 693، ص. 71.

106. وقد أصبح هذا الاتجاه غالبا في القوانين الغربية. فالقانون الفرنسي تبنّى نظرية الخطأ الموضوعي سنة 1968، حيث تم تنقيح الفصل 489 فقرة الثانية، فمكن من ترتيب مسؤولية المجنون والصغير غير المميّز[431]. وقد طبّق القضاء الفرنسي ذلك لتمكين المتضرّر من التعويض. وفي بعض القرارات الأخرى، اعتمد على خطأ موضوعي للصغير غير المميّز لتجزئة المسؤولية بينه وبين تصرّف غير مميّز آخر، ساهم في وقوع الضرّر[432]. ولكنه لم يأخذ بخطأ الطفل حتى يتفادى تجزئة المسؤولية ويمكن المتضرّرين من التعويض[433]. هذا الموقف سبق قانون جويلية 2001 الذي ألغى حجية الجزائي على المدني في الجرائم غير القصدية، لأن هذا القرار جاء بعد دعوى عمومية، انتهت بترك سبيل المشرف على المسؤولية المدنية للأطفال المشاركين في الرحلة الشتائية.

القضاء التونسي يتحدث عن خطأ الطفل ليقدّر مساهمته في الضرّر، ويحدّد التعريف من خلال ضبط المساهمة السببية له، والحال أن الخطأ كمصطلح لا يقوم إلا عند وجود التعدّي وتمييز ذلك التعدّي.

---

431 وانتقد بعض الفقهاء تغليب الغاية التعويضية في الخطإ على وظيفته في سن القواعد السلوكية، ليعارضوا بذلك التطور التشريعي والقضائي للخطإ.
Y. Lequette, Le mineur et la fonction normative de la responsabilité civile, in Colloque sur L'actualité de la responsabilité civile, A.J. n° spécial n° 17, 2004, n° 7, p. 12; p.Ph. Le Tourneau, Pour une refonte du droit de la responsabilité civile, idem,187, sp.190.s.

432 Civ. 28 févier 1996, Dalloz 1996, p. 296, note.

433 Civ. 1ére, 6 mars 1996. Dalloz 1997, p. 96, note.



## الفقرة الثانية : أنــواع الخطــإ

تعرضت مجلة الإلتزامات والعقود في الفصلين 82 و83 إلى الخطإ العمدي والخطإ غير العمدي (أ)، ويمكنّ أيضا تقسيم الخطإ إلى خطإ بالفعل وخطإ بالترك(ب).

### أ ـ الخطإ العمدي والخطأ غير العمدي

#### 1 ـ الخطأ العمدي: "الجنحة Le délit "

107. ذكر الفصل 82 "من تسبّب في ضرر غيره عمدا منه واختيارا بلا وجه قانون سواء كان الضرر حسيّا أو معنويا فعلية جبر الضرر الناشئ عن فعله إذا أثبت أن ذلك الفعل هو الموجب للضرر مباشرة. ولا عمل بكل شرط يخالف ذلك".

الفصل لم يتحدث حرفيا عن مصطلح الخطإ وإنّما عن من تسبّب عمدا في الضرر. إذن الفصل ركّز على صنف الفعل وجعله جنحة مدنية. وهو فعل يقترفه المسؤول عن دراية واختيار وبغاية البحث عن نتيجة يرمي إليها تحقيق الضرّر.

#### ـ الخطإ غير العمدي: "شبه الجنحة، Le quasi-délit"

108. تعرض إليه الفصل 83 م إ ع "من تسبّب في مضرّة غيره خطأ سواء كانت المضرّة حسيّة أو معنوية فهو مسؤول بخطئه إذ أثبت أنّه هو السبب الموجب للمضرّة مباشرة.

وكل شرط يخالف ذلك لا عمل عليه ...".

هذا الفصل تحدّث عن الخطإ بخلاف الفصل 82. وهو يتعرّض لشبه الجنحة، ويقوم عندما يجانب إنسان واجب الحيطة والحذر والتبصّر، ولا يتصرف وفق قدر عال من اليقظة، كمثل الإنسان الذي لا ينتبه فيصطدم بآخر. ومن الضروري أن يقدّر القضاء وجود القصد أو النيّة أو غيابهما لتكييف الفعل، بالإضافة إلى أن مقدار التعويض يتأثر بحسب درجة الخطإ، وفقا للفصل 107 م ! ع. وهذا مؤشر على أن المسؤولية التقصيرية تحمل رواسب من المسؤولية الجزائية. ولكن القضاء قدم قراءة مخالفة، بترت كل علاقة بينهما [434].

## ب ـ الخطأ بالفعل والخطأ بالترك

### ـ الخطأ بالفعل: faute par commission

**109**. الفصل 83 في آخره يرفع جدالا نظريا فقهيا وقضائيا وقانونيا واضحا. "الخطأ هو فعل ما يجب تركه أو ترك ما يجب فعله".

الخطأ بالفعل هو تصرف إيجابي يتجسّم في سلوك مادّي منحرف عن التصرف العادي، مثل الاعتداء على حرمة الجسد، أو على ملك الغير، أو عدم السياقة على اليمين.

### ـ الخطأ بالترك : faute par omission

**110**. يقوم عند عدم القيام بواجب، مثل الإنسان الذي لا يسرع لإنقاذ شخص في حالة خطر، أو الطبيب عندما يفشي بعض الأسرار الطبّية، ويبلغها

---

[434] تعقيبي جزائي عدد 24603 المؤرخ في 01 مارس 2008، ن. ج، ص.259.



للسلط العمومية أو لبعض الأشخاص، بخلاف المبدإ الذي يلزمه بالالتزام بالسّر المهني.

هل تترتب المسؤولية بالترك؟

القبول بهذا النوع من الخطإ (الخطإ بالترك)، تم حسمه في التشريع التونسي [435]. ولكن الأمر لم يكن بديهيا في القانون المقارن. والسبب أن بعض الفقهاء وبعض الأنظمة التشريعية والقضائية أكدت أن العلاقة السببية بين الخطإ بالترك وبين الضرر منعدمة، لأن الترك موقف سلبي، بل هو عدم، ولا يمكن منطقيا أن ينتج عنه أثر قانوني. وقد رأى بعض الفقهاء أيضا أن ترتيب المسؤولية عن الفعل السلبي يتولد عنه اعتداء على الحرية الشخصية للإنسان، إذ فيه إرغام له على إتيان أمر يتعارض مع اقتناعه الشخصي. و ثار هذا النقاش بين المدرسة الألمانية والمدرسة الفرنسية، إذ بقدر ما أخذت الأولى بالخطإ بالترك، بقدر ما رفضته المدرسة الفرنسية. وانتهى القضاء الفرنسي إلى الأخذ بالخطإ بالترك [436]. تولى مؤرخ دراسة تدرج الاكتشافات العلمية في مادة الاتصالات السلكية واللاسلكية وتعرض إلى مساهمة العلماء فيها، دون أن

---

[435] الفقه الإسلامي اعتبر عدم القيام بعمل من اسباب الضمان، خاصة في المذهب الحنبلي. "وان اضطر إلى طعام وشراب لغيره فطلبه منه فمنعه إياه مع غناه عنه في تلك الحال فمات ضمنه المطلوب منه كما روي عن عمر (رضي الله عنه) أنه قضى بذلك. ولأنه اضطر إليه صار أحق به ممن هو في يده وله أخذه قهرا، فإذا منعه إياه تسبب إلى هلاكه بمنعه ما استحقه فلزمه ضمانه كما لو أخذ طعامه وشرابه فهلك بذلك" (المغني لابن قدامه ج. 8، ص. 422).
وحصل الجدال في الفقه الإسلامي حول ما إن كان الكف سببا للضمان إذا تسبب عنه تلف مال لأخر، مثال الإنسان الذي يرى مالا لشخص أخر معرضا للتلف وكان بامكانه انقاذه فتلف. فقد اعتبره المالكية وأهل الظاهر ضامنا بحجة تركه لواجب هو المحافظة على مال أخيه المسلم مع قدرته على ذلك، وترك الواجب إن ترتب عنه ضرر مباشر سبيل للضمان، فالذي يترك لقطة عالما انها مهددة بالتلف ثم تلفت فهو مسؤول بالتعويض. وعلى خلاف هذا، ذهب رأي إلى نفي الضمان عن الملتقط لأن الترك لا يعتبر تضيعا بل امتناعا عن حفظ غير واجب.

[436] Civ.19 juillet 1953( Branly), Dalloz 1953, p.533. «L'abstention même non dictée par l'intention de nuire engage la responsabilité de son auteur ».

يذكر ما توصّل إليه العالم Branly في هذا الأمر. فقام الورثة بتتبع هذا المؤرخ طالبين التعويض عن ضرر أدبي، تسبب فيه السهو عن ذكر مورثهم. فرأت محكمة التعقيب الفرنسية في هذا القرار أن "الامتناع يرتب مسؤولية صاحبه حتى وان غابت نية الاضرار لديه". العميد Carbonnier وبعض الفقهاء الآخرين لم يؤيدوا هذا الاتجاه، ورأوا ترتيب المسؤولية على أساس الخطإ بالترك فيه مساس بحرية التعبير[437].

القانون التونسي لم ينص على الخطإ بالترك في الفصل 83 فقط، بل تعداه إلى عديد النصوص الأخرى، مثل قانون 1966 الذي يحرّم الامتناع المحظور عن نجدة الغير، كذلك قانون جويلية 1942 في فصله الثاني، الذي يعاقب كل من يتخلف عن إعلام السّلط بالجرائم التي تنال من الأشخاص أو من النظام العام. وتترتب مسؤولية الصيرفي banquier كذلك وفق قانون 1967 والفصل 411 من المجلة التجارية، عند عدم الإعلام بوجود جريمة صكّ بدون رصيد، و عندما يمتنع عن خلاص صكّ مع وجود الاعتماد وفق الفصل 412 من المجلة التجارية.

### ج – تقدير الخطإ: l'appréciation de la faute

**111**. الخطأ هو انحراف عن السلوك المعتاد. وتكمن الصعوبة في تقدير هذا الانحراف، وهو موكول إلى القضاء. فمثلا مجلة الطرقات توكل للقاضي تقدير خطإ السّائق بالنظر إلى الملابسات التي تحيط به، وبالنسبة للسرعة التي يجب أن يعتمدها السائق بالنظر أيضا إلى نوعية المنطقة التي يمرّ منها، وبالنظر أيضا إلى الظروف التي تحف به زمن السياقة (طريق معبّد

437 J. Carbonnier, «Le silence et la gloire », Dalloz 1951, Chr, p. 119.



أولا، واسع أو ضيق، طقس جميل أو ممطر...). ولا بدّ إذا من اعتماد معيار يمكن من تقدير الخطإ. فما هو هذا المعيار؟

**112**. المبدأ أن الخطأ لا يقدّر بمعيار مجسّم وشخصي، ولكن يقدّر بمعيار مجرّد وموضوعي appréciation in abstracto. فيجب النظر من خلال هذا المعيار إلى سلوك شخص عادي في نفس الظروف، أي شخص لا يمتاز بحدّة الذكاء وبدرجة عبقرية من الفطنة، ولا يمتاز كذلك بدرجة غير عادية من الغباء. هذا الشخص هو صاحب مواهب وسطى، يمكن من تحديد نمط السّلوك المتعارف عليه لدى جمهور النّاس ولدى عموم النّاس، ويسمّى هذا النّمط سلوك ربّ الأسرة الصّالح le bon père de famille . وعلى القاضي في التقدير أن يبحث عن سلوك هذا الشخص العادي، وأن يقارنه بسلوك من وجّهت عليه المسؤولية. ولا يعني التقدير المجرّد عدم قدرة القاضي اعتبار الصنف الذي ينتمي إليه هذا الشخص، فمثلا إذا كان السائق قد حصل على الرّخصة منذ زمن قريب، فإن التقدير المجرّد يلزم بإتباع معيار سائق له نفس التجربة ونفس الاستعداد. فلا يكون التقدير وجيها إذا ما اعتمد نمط سائق محنك ذي تجربة مهنية عريقة. التقدير المجرّد لا يتعارض – بل على العكس يتماشى – ، مع خصوصيات المسؤول المجرّدة.

ويرى الفقهاء، خاصة منهم الاخوة Mazeaud، أن الخطأ القصدي أو ذلك الذي يكون من صنف التغرير يتم وفق معيار شخصي ومجسّم.

ومن المسائل التي تثيرها نظرية الخطأ إمكانية قيامه عند ممارسة الحق.

## الفقرة الثالثة: الخطأ وممارسة الحق

تثير علاقة الخطأ بممارسة الحق أمرين: التعسف في استعمال الحق I ومضار الجوار II.

### I ـــ التعسف في استعمال الحق[438]

**113.** ذكر الفصل 103 م إ ع " من فعل ما يقتضيه حقه بدون قصد الإضرار بالغير فلا عهدة مالية عليه. فإذا كان هناك ضرر فادح ممكن اجتنابه أو إزالته بلا خسارة على صاحب الحق ولم يفعل فعليه العهدة المالية." وبمقارنة التشريع التونسي بأنظمة أخرى، نلمس أنه لم يبّوب الفصل في مقدمة المجلة، كما تم ذلك في عديد التقنينات الحديثة، وفي بداية القرن الماضي. ومن أمثلة ذلك بالنسبة للمجلات العربية القانون المصري في المادة 5، والمجلة السورية في المادة 6، والقانون العراقي في المادة 7[439]. ومن المجلات الغربية المجلة المدنية السويسرية التي تمنع في الفصل 2 التعسف البين في استعمال الحق، وانضم إلى هذه الفرقة القانوني المدني للكيباك لسنة 1994 في فصله 7. أمّا في القانون الفرنسي، فالنظرية في أساسها فقهية، وأردفها القضاء بتطبيق في عديد القرارات[440].

[438] Nadhir Ben Ammou, Essai sur l'abus des droits à travers l'article 103 du C.O.C, Mémoire de D.E.A en droit privé. Fac. Droit et des sciences politiques de Tunis.1983.1984.

[439] تأتي هذه المادة بعد المادة 6 التي تنص: الجواز الشرعي ينافي الضمان. فمن استعمل حقه استعمالا جائزا لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر. أمّا المادة 7 فتنص: من استعمل حقه استعمالا غير جائز وجب عليه الضمان. ويصبح استعمال الحق غير جائز في الأحوال الآتية: أ ـ إذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الإضرار بالغير. ب ـ إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مطلقا مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها ج. إذا كانت المصالح التي ترمي هذا الاستعمال إلى تحقيقها غير مشروعة.

[440] Flour et Alii, Le fait juridique, 13è ed, n°120s, p.137.



وترتبط هذه النظرية وما تنشئه من مسؤولية بممارسة الحقوق الشخصية، فلا يجب التعسف فيها بالخروج عن نطاقها وتجاوزها[441]. ونظرا الجدل الذي أثارته فقها وقضاء، ولمعرفة الموارد المادية للنظرية في المجلة، سيتم الابتداء بعرض تطورها في التاريخ (أ)، قبل التعرض إلى موقف المجلة منها (ب)، وإشعاعها في المادة التعاقدية خاصة (ج).

#### أ ـ تطور التعسف في استعمال الحق

**114.** مكّن القانون الروماني صاحب الحق من ممارسته في حدود السلطات المقررة له: فمن يستعمل حقه لا يكون معتديا ولا يضر أحدا. هكذا كان موقفUlpien والديجست، ولكنه قيده بنطاق المشروع، والابتعاد عن سوء النية والكيد والإضرار بالغير. وقام استثناء حذو المبدأ مفاده أن الإفراط في الحق ينتهي إلى الجور.

**115.** ولم يتواصل مدّ النظرية مع التيار الفردي. فقد انكمشت تحت وطأته نظرا لاعتبار حقوق الفرد مطلقة ومقدسة. وانتقل هذا التصور إلى القانون الفرنسي لسنة 1804، فنظر بدوره إلى الحق في ارتباطه الوثيق مع الحرية الشخصية، رغما عن أن أحكام دوما ـــ وهي من مناهل المجلة الفرنسية ـــ ، أشارت إليها لمما لتحصرها في الممارسة الكيدية للحق أو عن سوء نيته، دون أن تتبلور لديها كنظرية صالحة للتطبيق. ويدل على ذلك الفصل 544 من المجلة المدنية الفرنسية، الذي يجعل حق الملكية أشدها إطلاقا (le droit le plus absolu). وتتسم هذه الفلسفة بعدم فرض أي قيد على الحق ابيقى على إطلاقه بدون حدّ. وأمام جمود أوصال هذه النظرية، تراءى للقضاء

[441] يوسف الكناني وفوزي للكناني، ف. 162، ص. 77.

أن يعيد إليها بريقها في وضعيات قليلة، تولّد فيها ضرر جسيم عن ممارسة الحق أو عن رغبة جامحة منزوعة عن أية فائدة.

**116**. وأشرق نجم النظرية مع أواخر القرن التاسع عشر ومستهل القرن العشرين. ودونت كتابات سالاي، وخاصة جوسران، ما انتهى إليه القضاء ليستخلص نظرية عامة للتعسف في استعمال الحق[442]. وقام تحليل جوسران على تقويض الممارسة المطلقة لحق الفرد وإرسال حريته دون قيد أو حدّ، وعرض تصورا اجتماعيا للإنسان وحقوقه. فبشّر بانقضاء الحقوق الشخصية الدائمة واستبدالها بحقوق اجتماعية تخدم المجموعة وتوظف لها. فعند التعارض بين الحق الفردي والهدف الجماعي تنطوي ممارسته على تعسف واضح. ولم يهمل جوسران التعرض للبواعث في ممارسة الحق، فإذا كان الباعث غير مشروع، ومصطبغا بسوء النية أو الاحتيال على القانون، كانت ممارسة الحق تعسفية.

**117**. ولم تلق هذه النظرية الإطراء والمدح فقط، فهناك من قلّل من شأنها وشكك في أسسها. وقد حمل لواء النقد بلانيول، مؤكدا أنها تقوم على تناقض واضح. فهو ينفي أصلا وجود المصطلح، لأن نصفه نار ونصفه الآخر ثلج. فهو وحدة أضداد تجمع مفاهيم متنافرة. فالحق ينتهي حيث يبدأ التعسف في استعماله. "ولا يمكن أن يكون هناك تعسف في استعمال حق ما، لسبب لا يمكن أن يدحض وهو أن العمل الواحد لا يمكن أن يكون في وقت واحد موافقا للقانون ومخالفا له"[443]. ويضيف Esmein أن التعسف في استعمال الحق لا

[442] Josserand, De l'esprit des droits et de leur relativité, le théorie dite de l'abus des droits.1939.

[443] Planiol,Traité élémentaire de droit civil, T.I, 3ème éd. 1949. n°981 : le droit cesse où l'abus commence, et il ne peut y avoir usage abusif d'un droit



يضوي تحت أحكام الفصل 1382 م م ف، لأن الخطأ لا يتوفر إلا في حالة العمل غير المشروع، وأن الاستعمال للحق عن سوء نية يضع الأخلاق موضع القانون والتحكم مكان العدالة والمعقول. ورغما عن انتقاد موقف جوسران لتعارضه مع الحق الشخصي وتضييق نطاقه، فقد سلم ريبار بجدوى النظرية لأنها أقحمت في القاعدة القانونية مادّة مثالية أخلاقية انعكست في اجتهاد قضائي الشاني[444].

وقد دوّن خليل جريج التمازج بين الأهمية القيمية للنظرية ودورها الوظيفي كمعول قضائي يشذب به صرامة بعض القواعد، حتى في النظام الذي لم يتطرق إليها إلا في باب المسؤولية التقصيرية. "عندنا أن نظرية التعسف بالحق تقدمت على غيرها من النظريات القانونية بتأثير تطور النظم الاجتماعية، وأصبحت نظرية السبب، ونظرية الاثراء غير المشروع تزداد ملعة مع الزمن. فهي، إذ تبرز فكرة العدل في أوسع معانيه، تخلع على الحق وشاحا من المرونة، والملاءمة، والشعور والرفعة، وتضع في يد القاضي سلاحا ماضيا، يمكنه من تسخير النصوص القانونية، والمصالح الذاتية المجردة عن هدفها في سبيل خدمة المجتمع، وليس من خدمة تعلو خدمة المجموع ، ولا من سياسة تسمو على سياسة التوفيق بين المصلحة الفردية والمصلحة العامة، وترجيح هذه على تلك عند الاقتضاء. وإذا كان القانون اللبناني قد اكتفى بإثباتها

quelconque, pour la raison irréfutable qu'un seul et même acte ne peut pas être tout à la fois conforme au droit et contraire au droit.

[444] Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, L.G.D.J. 1949, p. 164; Abus ou relativité des droits, Rev. crit.1929, p.33. Après une consécration dans l'usage du droit de propriété avec l'intention de nuire, aff. Clément-Bayard,cass. Req.3 août 1915, D.P. 1917, I, 179 ; GAJC.n° 62. la jurisprudence française s'est refusée à l'admettre dans la défense du droit de propriété, Civ.3e, 30 juin 2010, D. 2011, p.148, note G. Mémeteau.Pour les applications dans la jurisprudence française, Ph. Brun, n° 328s, p. 209s.

في نطاق المسؤولية كوجه من وجوهها، فذلك ناتج عن أنه لا يحتوي على كتاب تمهيدي يشمل أحكاما عامة في القانون المدني، وعلى كل مهما توسعت هذه النظرية فإن مردها إلى قواعد المسؤولية التقصيرية، حتى ولو تناولت حقا مرتبطا بعقد من العقود، لهذا لا ضير من وضع أحكامها في الفصل المختص بالمسؤولية، ومعالجة موضوعها في سياق الدراسة المخصصة لهذه المسؤولية"[445].

**118.** ولا تبدو هذه النظرية غريبة عن الفقه الإسلامي[446]. بل هناك من يرى أنها، مقارنة بما آلت إليه في القوانين الغربية، مكتملة البنية في هذا الفقه الإسلامي[447]. وإذ بقي الأصل جواز استعمال الحق وعدم ترتيبه للضمان وفق قاعدة "الجواز الشرعي ينافي الضمان"، فإن سؤالا طرح لإدراك ما إن كانت لها استثناءات، وما إن كان القيد جديرا بأن يرد على الحق فيكسر حدّة إطلاقه[448]؟ فجاء الردّ ليربط بين ممارسة الحق ومقاصد الشرع. فإذا كان استعمال الحق غير جائز، كان مؤسسا للتعسف ومرتبا للمسؤولية[449].

445 خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، الجزء الأول، مطبعة صادر، 1988، ص.155.

446 وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، دار الفكر 2008، دمشق، ج.9، ص.39 و ما يليها.

447 M. Fathi, la doctrine musulmane, de l'abus des droits, (Etude d'histoire juridique et de droit comparé) Travaux du séminaire oriental d'études juridiques et sociales, préface E.Lambert, p.38, … La doctrine musulmane de l'abus des droits « apparaît donc, par comparaison avec sa jeune et grêle parente européenne, comme une sorte de miroir grossissant où les traits se reflétent agrandis et détaillés », … qu'elle dispose « d'une gamme de sanctions infiniment plus riche et plus nuancée et par là même plus mobile et plus élastique ». p. 63.

448 صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، دار العلم للملايين 1972، الجزء الأول، ص.37.

449 يبدو القانون المدني العراقي جامعا لفرعي المعادلة التي بسطها الفقه الاسلامي، فقد جاء الفصل 6 ذاكرا أن الجواز الشرعي ينافي الضمان، فمن استعمل حقه استعمالا جائزا لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر. وأضاف الفصل 7: من استعمل حقه استعمالا غير جائز وجب عليه الضمان .2. ويصبح استعمال الحق غير جائز في الأحوال الآتية: أ - إذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الإضرار بالغير. ب - إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال إلى تحقيقها



وعدم الجواز يعني أمرين: الأمر الأول يقترن بنية مستعمل الحق، فإن كان يهدف إلى الإضرار بالغير، عدّ متعسفا في استعمال الحق. ويرتبط الأمر الثاني ــ دون اهتمام بالنيةــ ، إلى حصول الضرر الفاحش من ذلك الاستعمال، فإن تحقق قام التعسف أيضا.

وفي التيار الأول، تميز "الشاطبي" برفع لوائه وتأصيل موقفه. فقد جاء في المرافقات[450]، ما يدعم هذا النظر، بل إن الشاطبي يأخذ حتى بالبواعث ليسرها، فإن كان إتيان الحق بدافع يطابق مقاصد الشارع، كان جائزا، إن خالف ذلك كان تعسفا، وغيره كثير[451]. ولم تحجب هذه الرؤية نظرة مادية مغايرة، تشد الانتباه إلى نتيجة ممارسة الحق والضرر الفاحش الناتج عنه، دون التفات إلى النية وجودا أو انتفاء. وهي تنبني على مقاصد الشريعة القائمة على درء المفاسد وطلب المنافع. "وكان من آثارها ... أن ينظر إلى الحقوق نظرة اجتماعية خالصة، وأن يفهم منها أنها شرعت لغاية معينة تعود للمصلحة

قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مطلقا مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. ج - إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال إلى تحقيقها غير مشروعة. عبد المجيد الحكيم المصدر السابق ق. 857 ص. 518.

450 المرافقات في أصول الشريعة لأبي اسحاق الشاطبي . دار عفان، 1997 ، ص, 294... أن وضع الشريعة إذا سلم أنها لمصالح العباد فهي عائدة عليهم بحسب أمر الشارع ،وعلى الحد الذي حدّه، لا على مقتضى أهوائهم وشهواتهم ويضيف بعد ذلك، فإذا تقرر هذا انبنى عليه قواعد، منها أن كل عمل كان المتبع فيه الهوى بإطلاق، من غير التفات إلى الأمر او النهي او التخيير فهو باطل بإطلاق، لأنه لا بد للعمل من حامل يحمل عليه ، وداع يدعو إليه فإذا لم يكن لتلبية الشارع في ذلك مدخل، فليس إلا بمقتضى الهوى والشهوة، وما كان كذلك فهو باطل بإطلاق، لأنه خلاف الحق بإطلاق، فهذا العمل باطل بإطلاق بمقتضى الدلائل المتقدمة. وكذلك الموافقات في أصول الشريعة دار المعرفة بيروت، المجلد الثاني، ص.333. "كل ما ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة. وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل. أمّا أن العمل المناقض باطل، فظاهر؛ فإن المشروعات إنما وضعت لتحصيل المصالح ودرء المفاسد، فإذا خولفت لم يكن في تلك الأفعال التي خولف بها جلب مصلحة ولا درء مفسدة".

451 مثل ابن الحاج التلمساني، المدخل في علم النيات، دار الحديث 1981، ابن القيم الجوزية، اعلام الموقعين عن رب العالمين مكتبة الكليات الأزهرية ج 3، ص. 111، روح العمل ولبه وقوامه وهو تابع لها يصح بصحتها ويفسد بفسادها والنبي صلى الله عليه وسلم قد قال كلمتين وتحتهما كنوز العلم وهما قوله: "إنمّا الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى" . وقد سارت المحكمة الأردنية في هذا النفع في فصلها 66، إذا رتبت المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق عند نية الإضرار.

العامة، وأنها مقيدة بهذه الغاية مربوطة بها. وقد جسمتها المجلة العثمانية في الفصل 30 منها إذ نصت أن "درء المفاسد أولى من جلب المنافع"[452].

**119.** ولعل بعض القواعد الكلية الواردة بالمجلة العثمانية لا تدع شكا حول الأمر، مثل الضرر يزال، ولا ضرر ولا ضرار، وعند تعارض المقتضى والمانع يقدم المانع (الفصل 546م ا ع). وبسط الأستاذ صبحي محمصاني[453] مختلف المواقف منها. ففي الفقه المالكي، جاءت موافقات الشاطبي لتضع قاعدة تمنع العمل المباح في أصله إذا انطوى على قصد الإضرار بالغير. أمّا المذهب الحنفي، فلم يقرّ بالقاعدة في الطبقة الأولى لفقهائه الذين ذكروا أن "من تصرف في ملكه لا يمنع، وإن كان يتضرر جاره به". وهي قاعدة لها أثر واضح في عديد المجلات العربية، ولكن الفقه الحنفي قيّد الحق بالضرر الفاحش، وكذلك بموازنة ما يجلبه من نفع وما يسببه من ضرر.

### ب ـ نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون التونسي

**120.** يأخذ الفصل 103 م ا ع بالنظرية الذاتية والموضوعية. فهو، بقراءة عكسية، يرتب التعسف في استعمال الحق عندما يقصد صاحبه الكيد وسوء النية. وتجسّم هذا الاتجاه لدى محكمة التعقيب[454]، عندما اعتبرت التعسف قائما بتوفر عنصر قصد الإضرار"[455]، ووجود ضرر فادح مع إمكانية اجتنابه أو إزالته بدون خسارة على صاحب الحق". ولكن الفصل لم يكتف بهذه النزعة ليوسع من مجالها، فتصبح خصبة، تؤطّر علاقات الشخص الاجتماعية. كما أن الاكتفاء بقصد الكيد والإضرار سبب في إحباط هذه النظرية عند غياب

452 صبحي محمصاني، المصدر السابق، ص. 45.

453 النظرية العامة للموجبات والعقود، ج. I، ص. 51.

454 تعقيبي مدني عدد 4229 في 27 سبتمبر 1960، ن. ص. 39.

455 محمد كمال شرف الدين، قانون الأموال، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2000-2001، محاضرات مرقونة 1988، ص. 102.



الإثبات القاطع على وجوده. ويتكامل الفصل 103 م ا ع نظريا وعمليا عندما يرسي التعسف انطلاقا من مقاربة بين ضرر جسيم ومنفعة قليلة. فيتم الترجيح بين المصالح بالحق، دون أن يكون الاختلال مؤشرا على سوء النية[456]. وكان لمحكمة التعقيب تأكيد ذلك، من خلال موازنتها بين فداحة الضرر وإمكانية تجنبه ومراعاة حقوق الغير[457].

**121.** ويطبق القضاء كذلك نظرية التعسف عند التقاضي، فيحصر قيامها عند وجود سوء النية أو قصد الإضرار بالغير أو الخطأ الفادح[458]. وهو ما يتجلى من خلال ما علّلت به محكمة التعقيب موقفها في قرارمؤرخ في 11 جوان 1976، بادرت فيه بالتذكير بكون التقاضي حق لكل شخص، وأن ممارسته لا تفضي إلى غرم الضرر إذا لم تحض الدعوى بالقبول، بيد أنها استدركت قائلة أن المدعي يسأل إذا كان استعماله ذلك وليد نزعة شريرة وابتغاء للمضرة. وفعلا فإن تصرفات المدعى عليه التعسفية قد ألحقت بالمدعي أولا ضررا معنويا، يتمثل في فقده الطمأنينة وعرّضته لإجراءات تعسفية متوالية من شأنها أن تؤدّي لإخراجه من مكتراه، والحال أنه كان على المدعى عليه أن يضمن للمدّعي انتفاعه بالمكتري وأن لا يفعل شيئا يشوّش عليه في حوزه له، حسبما يوجبه الفصل 747 مدني، وثانيا ضررا ماديّا يتشخّص في تكبده مصاريف عديدة، لاضطراره إلى تكليف محام للدفاع عنه في القضايا المقدّمة ضدّه، وإلى تكليف عدل منفذ بعرض معينات الكراء على خصمه. وقد كان هذا الأخير في إمكانه اجتناب ذلك الضرر اللاحق بالمدعي وإزالته

456 الراي المخالف، يوسف الكناني وفوزي بلكناني، ف. 164، ص. 79.

457 تعقيبي مدني عدد 3978 في 20 فيفري 1984، ن. ج. I، ص. 377. كذلك عدد 4161 في 26 أكتوبر 1981 ن. ج. III، ص. 344.

458 تعقيبي مدني في 23 جانفي 1963 م. ت. ق. 1966، 1967، ص. 219.

عنه"[459]. إن المتأمّل لهذا التعليل لا يملك إلا أن يسلم بأن الفصل 103 م ا ع[460] يلقي بظلاله الكثيفة على استدلال محكمة التعقيب التى، وإن لم تصرّح بالرجوع إلى أحكامه، فقد سعت من خلال هذه الحيثية جاهدة إلى إبراز توفر كافة شروط التعسّف في استعمال الحق في قيام المسوّغ على المكتري بقضية استعجالية في الخروج ان لم يدفع، غداة رفضه قبول معين الكراء الذي عرضه عليه هذا الأخير بواسطة عدل التنفيذ. وهو ما استنتجت منه أنّ "مراد المطلوب هو التنكيل والرغبة في المشاكسة والتشويش على معاقده"[461]، أي نية الإضرار بالمتسوغ، وقد رفع ذلك الإضرار فعلا فكان ماديا ومعنويا. كما أكد القضاء أنه متى ثبت أن المعقب مارس حقا مشروعا في التقاضي، ومتى لم يثبت من الأوراق أنه تعسّف في استعمال ذلك الحق، وان حكم البراءة الصادر لفائدة خصمه تضمن صراحة أن الإدانة يكتنفها شكّ كبير ينتفع به المتهمون، فإن قضاء محكمة القرار المنتقد بالتعويض للمعقب ضده دون تحديد الخطأ المدني المنسوب له واستنادها فقط للضرر الحاصل نتيجة ممارسة المعقب لحقه في التقاضي مخالف لأحكام الفصل 83 من م ا ع الذي نص بوضوح على أن الخطأ هو ترك ما وجب فعله أو فعل ما وجب تركه بغير قصد الضرر[462].

وحتى ولو كانت المجلة لا تحتوي على باب تمهيدي كما هو الشأن لعديد المجلات، فإنها تحمل مبادئ شحنت بمبدأ عدم التعسف في استعمال الحق، تصيره مبدأ ، لا يقع في ركن المسؤولية التقصيرية، بل يتعدّاها إلى غيره من الزوايا الأخرى للقانون مثل المسؤولية التعاقدية.

[459] راجع قرار تعقيبي مدني عدد 541 مؤرخ في 11 جوان 1976، ن. 1976 ج. 3، ص. 11.
[460] تبدو محكمة التعقيب مهتمة بإثبات توفر شروط الفصل 103 م. ا. ع. الذي ورد فيه، "من فعل ما يقتضيه حقه بدون قصد الإضرار بالغير فلا عهدة مالية عليه. فإن كان هناك ضرر فادح ممكن اجتنابه أو إزالته بلا خسارة على صاحب الحق ولم يفعل فعليه العهدة المالية".
[461] تعقيبي عدد 541 سالف الذكر. ذات المرجع صفحة: 10.
[462] تعقيبي مدني عدد 9075 مؤرخ في 27 جوان 2006، ن. ص.1.



## ج ــ نظرية التعسف في استعمال الحق والمسؤولية التعاقدية

**122.** لم يبق التعسف في استعمال الحق حبيس المسؤولية التقصيرية[463]، فأصبحت المادة التعاقدية حقلا خصبا لتطبيقه. ونلمس في التشريعات الحديثة ترسيخا متواصلا لعدم التعسف في الحق، ترسيخا يتبلور في المادة التعاقدية.

وقد مر بنا أن بعض المجلات الحديثة أرست قاعدة عامّة تقضى بعدم التعسف في ممارسة أي حق، وتفريعا على ذلك، فإن كل التزام تعاقدي يجب أن يتطابق مع حسن النية. ومن تطبيقات النظرية، عدم التعسف في استعمال الحق في فسخ العلاقة التعاقدية.

فعند وجود فسخ من جانب واحد يتم التمييز عادة بين فسخ عقد محدد المدّة وعقد غير محدد المدّة. ويمكن لأي طرف في الصنف الثاني فسخ العقد تجنبا لالتزامات لا تنتهي. ولكن الفسخ لا يكون مشروعا بمجرد توجيه إنذار سابق واحترام بعض الآجال. إلا أن القضاء وسّع في رقابته، وتجاوز الشكليات ليمحص في أصل عدم التعسف في الفسخ. فلم يلق الحبل على الغارب للأطراف وفقا للحرية التعاقدية، ليقر بحق الجانب القوي في الفسخ من جانب واحد. فقد اعتبر التعسف متحققا عند حصول ذلك الفسخ والحال أن الطرف الآخر كان يأمل في تواصل العلاقة، مما جرّه إلى تدعيم استثماره ووسائل

[463] Ph. Stoffel. Munck, L'abus de droit en matière contractuelle, essai d'une théorie, Préface R. Bout, L.G.D.J. 2000; Ph. Le Tourneau, et Alii, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz Action, 2010/2011, n°6894, p. 1529.s.

التمويل والإشهار[464]. و فعلا ذهب القضاء إلى ذلك، وأسّس المسؤولية التعاقدية بسبب التعسّف في فسخ العلاقة التعاقدية على الفصل 103 في قرار شركة Agrimotor ضد Ford[465]. وكانت التزمت بتزويد شركة Agrimotor التونسية بآلات من صنعها، يتم ترويجها بتونس. واشترط العقد انطباق قانون دولة الميشيقان من الولايات المتحدة الأمريكية على العقد. وبعد 20 سنة من النشاط والعلاقات المستقرة أرسلت شركة فورد تنبيها إلى الشركة التونسية لتعلمها بنيتها في فسخ العقد من جهة واحدة. الشركة التونسية اعتبرت أن هذا الفسخ التعسّفي أضرّ بمصالحها بشكل بالغ ولا مبررّ له. وطلبت تعويضا عن ضررها. فتم الحكم لصالحها استنادا على الفصل 103 م إ ع.

**123.** الأستاذة كلثوم مزيو[466] رأت أن القضاء استنبط من الفصل 103 م إ ع مبدأ عامّا، فوسع نطاق التعسف في استعمال الحق، وتم تطبيقه في المادّة التعاقدية. هذا الرأي عميق، ولكنه قابل للنقاش، لأن الفصل 103 مرتبط بالمسؤولية التقصيرية. وما يدعم وجاهة هذا الرأي أن الاستناد إلى المسؤولية التقصيرية راجح لأن "الفرضية لا ترتبط بعدم تنفيذ التزام تعاقدي، بل بتنفيذ تعسفي لحق تعاقدي"[467]. فتمادى الأساس في قرار تعقيبي، بوّأ الفصل 103

464 Cass. Com. 5 Avril 1994, D.1995, J. p. 355 note G. Virassimy, R. T.D. Civ, 1994, p 603 et s. note J. Mestre ; contrats, eonc. Consom. 1994. eomm 159, obs. L. Leveneur.

465 T. P. I de Tunis, 30 Avril 1980, R.T.D. 1981, p. 423, note Ali Mezghani, C. A. Tunis n°86249, 25 Décembre 1982, R.T.D. 1984, p. 816, note Mme. K. Meziou.

466 note préeitée.

467 F. Arhab, art. préc, p. 45 : La nature de la responsabilité devrait être à eette oecasion délietuelle puisqu'il s'agit non pas de l'hypothèse de l'inexéeution d'une obligation eontraetuelle, mais de eelle de l'exéeution abusive d'un droit eontraetuel. Egalement S. Lebreton, L'exelusivité contraetuelle et les eomportements opportunistes. Etude partieulière aux eontrats de distribution, Litee 2002, n° 101s.



م. ا ع مركز الأساس القانوني لقيام التعسف في استعمال الحق[468]، بمناسبة فسخ من جانب واحد لعقد تمويل ببطاقات شحن. ويمكن القول بأن التعسف في المادة التعاقدية يخرج عن الفصل 103 م ا ع، لأن التعسف يقوم عند الانحراف عن سلوك يلتزم مبدأ حسن النّية والأمانة ويبتعد عنها، فيصبح سلوك المتعاقد سلوكا غير معقول non raisonnable. ولذلك، فالأجدر أن يتم الاعتماد بالنسبة للتعسف في استعمال الحق في المادة التعاقدية على الفصل 243 م إ ع وليس على الفصل 103 م إ ع. "يجب الوفاء بالالتزامات مع الأمانة ولا يلزم ما صرّح به فقط بل كل ما ترتب على الالتزام من حيث القانون أو العرف أو الإنصاف حسب طبيعته." ويضاف إلى هذا السند واجب التواصل المنسجم في العلاقة التعاقدية[469]، ويستمدّ ذلك من أحكام الفصل 547 م إ ع: من سعى في نقض ما من جهته فسعيه مردود عليه. و يؤدي هذا المبدأ وجوب عدم التناقض في تنفيذ العقد[470]، ومخالفة مواصلته، والإخلال بالتضامن بين طرفيه، خاصّة إذا كان الطرف الضعيف من يتحمّل عدم التوازن و الفسخ في العقد[471]. وقد سارت القرارات الفرنسية في ترتيب المسؤولية التعاقدية، ولم تطبق أحكام

468 تعقيبي مدني عدد 24186، في 16 فيفري 2009، غير منشور. الفسخ مختلف عن التعسف في استعمال الحق، لاتنهض على نفس المعايير المرتبطة بممارسة الحق مع قصد الإضرار، وأن ممارسة الحق مع توقيع ضرر فادح كان بالإمكان اجتنابه دون خسارة على صاحب الحق...وبذلك لا يمكن إنهاء العلاقة حتى وإن احترمت الأجال المتفق عليها في العقد الرابط بين الطرفين.

469 D. Houtteieff, Le prineipe de eohérenee en matière contraetuelle, PUAM, 2001.

470 M. Behar-Touchais, l'interdietion de se eontredire au détriment d'autrui, Economiea, 2001. Ph. Stoffel-Munck, Droit éeonomique et droit commun : dualité ou unité de méthode ?(l'exemple de la rupture de la relation eontraetuelle), Etudes Juridiques, 2005, p. 241.

471 C. Jamin, Plaidoyer pour le solidarisme eontraetuel, in Etudes offertes à J. Ghestin, Le eontrat au début du XXIe siéele. L.G.D.J. 2001, p.441. s.

المسؤولية التقصيرية[472]. وتسير نظرية التعسف في المادة التعاقدية في هذا الاتجاه. ومن تطبيقات القضاء الفرنسي، اعتباره فسخ العقد تعسّفا في العقد، إذا كانت العلاقة لمدّة غير محددة، وذلك طبقا للفصل 1134 فقرة 3 (الموافق للفصل 243) الذي يجسّم تنفيذ العقد مع الالتزام بحسن النيّة. ولم يتخذ القضاء الفرنسي نيّة الإضرار بالغير كمعيار لذلك[473].

124. ومن تطبيقات القضاء الفرنسي كذلك ما أنشأه في عقود التزويد أو التوزيع contrats de distribution. عملية التوزيع تنطلق من عقد إطاري contrat-cadre بين شركات التوزيع والمروّجين الذين يبيعون تلك المواد، إلاّ أن الإشكال هو عدم تحديد الثمن في كل عمليّة التوزيع، مع أنه يبقى قابلا للتحديد n'est pas déterminé mais déterminable وفق تطوّر السوق، وكذلك وفق الشركات المزوّدة.

القضاء الفرنسي اضطرب كثيرا لمّا أثيرت أمامه صحّة هذه العقود، خاصة فيما يتعلق بوجود الثمن من عدمه. ففي مرحلة أولى، اعتبر أن هذه العقود باطلة لأنها فاقدة للموضوع أو للمحل عملا بالفصل 1129 م م ف (يقابله الفصل 66 م إ ع). هذا الموقف جوبه بنقد شديد بسبب سلبيّاته وبسبب سلبيات جزاء الإبطال، فعدّل القضاء الفرنسي موقفه، وصرّح بصحّة هذه العقود، وإمكانية تحديد الثمن من جانب واحد خلافا لمواقفه السّابقة، دون اشتراط اتفاق المتعاقدين معا على ذلك، استئناسا منه بالقوانين الانقليزية والأمريكية. واشترط أن يخلو تحديد الثمن من أي تعسّف. فإن اتّسم به، ترتّبت

472 Cass. com. 20 janvier 1998, D. 1999, p 144 obs. D. Mazeaud .contrats conc. Consom. 1999, 159, obs Leveneur.
وقد اتخذ المشرع أحكاما خاصّة في قانون التنظيم الجديد للاقتصاد المؤرخ في 15 ماي 2001 موضوع الفصل L442, 6.1.5ème.

473 Civil 3 juin 1998, R.T.D.Civil 1998, p. 935, avec les observations.



مسؤولية المتسبب في ذلك، وحق للطرف الآخر أن يطالب بالفسخ من جانب واحد، مع ترتيب مسؤولية الطرف المقابل. وبدأ في تثبيت الحل في قرارات شركة Alcatel وتلته قرارات أخرى[474].

اتسمت عقود توزيع البترول بنفس الأمر. فبدأ القضاء في اعتبارها عقودا باطلة لعدم امكان تحديد الثمن، ثم انتهى بداية من سنة 1996 في اعتبارها عقودا صحيحة مع إمكانية تحديد الثمن من طرف واحد، بشرط أن لا يكون الثمن متعسّفا فيه. وسحب نفس النظام الذي ارتضاه في قرار Alcatel على عقود توزيع البترول.

وقد تكون المعادلة بين التبادل التعاقدي والتبادل العادل قد ولّت، لتقييد العقد كوسيلة تبادل، بضوابط عدم التعسف والاستغلال. وقد جاء في القرار التعقيبي عدد 42624 تأكيد وتعليل قاطع لذلك[475]. فالعقد " ينبغي ألا يحيد عن قواعد العدل والإنصاف، وأن لا ينقلب أداة لتكريس هيمنة الطرف الأقوى في العقد على الجانب الضعيف فيه، ولتحقيق الربح السهل والإثراء بدون سبب. وعلى القاضي استعمال ما له من حق المراقبة على ذلك الشرط وإرجاع الأمور إلى نصابها، على أن يكون موفقا هكذا بين إرادة الطرفين من جهة، ومبدأ العدل والإنصاف ".

474 Assemblée plénière 1 décembre 1995, Dalloz 1995, p13. Alcatel قرار . L.Mion, L'abus de droit dans les contrats. Droit et Patrimoine n°83, 2000, p 42; Ph. Le Tourneau, et Alii, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz Action, 2010-2011, n° 5847, p. 1351.

475 تعقيبي مدني عدد 42624 مؤرخ في 28 أفريل 1994، م.ت.ق. 1996، ص.231 تعليق نذير بن عمو.

## II– مضار الجوار Les troubles du voisinage

125. وضعت مجلة الالتزامات والعقود نصين خاصين بهذه المسؤولية، وهما الفصلان 99 و100 م إ ع. ينص الأول "للمجاورين حق القيام على أصحاب الأماكن المضرة بالصحة أو المكدرة لراحتهم بطلب إزالتها أو اتخاذ الوسائل اللازمة لرفع سبب المضرة والإجازة المعطاة لأصحاب تلك الأماكن ممن له النظر لا تسقط حق المجاورين في القيام". وينص الثاني: " ليس للجيران القيام بإزالة الضرر الناشئ عادة من المجاورة كدخان المداخن وما أشبهه من المضار التي لا محيص عنها إذا لم تتجاوز الحد الاعتيادي". ويردان في أحكام المسؤولية التقصيرية. وفي القانون المقارن، لا تفرد كل الأنظمة هذه النظرية بأحكام خاصة في المسؤولية. فالقانون الألماني عالجها في الفصل 906 من المجلة المدنية الألمانية الموجودة في العنوان المتعلق بمحتوى قانون الملكية. وهو تبويب أثر في عديد الأنظمة[476]. أما الأنظمة التي لم تضع حكما تشريعيا، فقد اهتدت إليها بفضل إنشاء قضائي كالقانون الفرنسي. ويعود هذا النقصان إلى تطرق المجلة المدنية الفرنسية إلى الجوار من خلال حق الملكية أيضا[477]. وتفاعلت المبادرات الفقهية الأولى مع تحليل يستمد من قانون الأموال نظرته لهذا النوع من المسؤولية، لتصنف في زمرة الالتزامات العينية[478] التي تحدد ممارسة حق الملكية[479].

476 لا نجد في الفقه المصري تطرقا إلى مضار الجوار في كتب الالتزامات، بل في مراجع قانون الأموال، وذلك لأن الفصلين 806 و807 وردا في أحكام القيود التي ترد على حق الملكية، وجاءا في الباب الذي يحمل عنوان الملكية (من القسم الثاني، الحقوق العينية)

477 Capitant, Des obligations de voisinage et spécialement de l'obligation qui pèse sur le propriétaire de ne causer aucun dommage au voisin, Rev.crit. législation et jurisprudence 1900 p.156, n°187, p.228.

478 Obligation propter rem



126. لم يكن القانون الفرنسي أجنبيًا عن المصادر المادية للفصلين 99 و100 من م إ ع[480]. ولم يكن مع ذلك موردهما الوحيد. فقد استقى مشروع سانتيانا مادة الفصلين 110 و111، واللذين أصبحا الفصلين 99 و100 الحاليين، من قضاء محكمة التعقيب الفرنسية[481]، ومن الفقه الإسلامي، خاصة الفقه الحنفي الذي انصبّ في أحكام المجلة العثمانية[482]، ليقيم نظاما موضوعيا لمضار الجوار.

وتأثرت مجلة الالتزامات والعقود بهذه الرؤية الخاصة، فالفصلان لا يقومان على الخطأ و لا على التبعة وما شابههما من أسس للمسؤولية التقصيرية، مثل التعسف في استعمال الحق. فلها أساس خاص بها[483]. ورغما من هذا، فإن القضاء قرن بين مضار الجوار والركائز التقليدية للمسؤولية، ليؤسسها على الخطأ التقصيري[484]، والتعسف في استعمال الحق[485]،

ولم يبدأ الرجوع إلى قانون المسؤولية لدى الفقه إلا مع ريبار.
Ripert, De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines, th.Aix-en Provence 1902.

479 حول تاريخ النظرية في القانون الفرنسي
Guy Courtieu et Denis Courtieu, Les troubles de voisinage, Litec 2002, n°2, s., p.5 s.

480 Slaheddine Mellouli, Les origines d'une responsabilité civile objective particulièrement celle des troubles anormaux de voisinage,R.T.D. 2000, p.299s.

481 Slaheddine Mellouli, art. précit. p. 308s et les arrêts cités.

482 حددت المجلة العثمانية بابا خاصا بعلاقات الجوار، وتعرضت الفصول 1198 إلى 1200 إلى مضار الجوار، ورغما عن هذا التخصيص لأحكام تهم النظرية فإن قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية سليل المجلة أورد الأحكام المرتبطة بمضار الجوار في الكتاب الثالث المتعلق بالحقوق العينية الأصلية وفي الفرع الثاني من الباب المتعلق بحق الملكية. فقد جاء بالمادة 1139 – ثم المادة 1144.

483 G.Farjat, Pollutions et nuisances en droit tunisien, R.T.D. 1976, II, p.29.

484 استئناف سوسة عدد 8580 مؤرخ في 31 مارس 1981، مذكور عن زكية الصافي علاقات الجوار. أطروحة دكتوراه دولة كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 1999-2000 ص. 551، تعليق 8. تعقيبي مدني عدد 7987 في 12 أفريل 1983. في دعوى رفع المضرة، في خمسون عاما من فقه اقضاء امدني، مركز النشر الجامعي، 2010، ص, 929.
RTD. 1984, p. 612, obs. Kamel Charfeddine.

والمسؤولية الشيئية موضوع الفصل 96[486]. وقد تصدت محكمة التعقيب لهذا الموقف[487]. وقد تجمع بعض القرارات عديد الركائز[488]، في حين أن سند دعوى الملائم لمضار الجوار يبقى الفصلان 99 و100 م إ ع[489]. وكانت محكمة التعقيب رفضت مطاعن تنعى اعتماد الفصل 82 م إ ع ضد قرارات صدرت في مضار الجوار. ثم انتهت إلى نقض القرارات التي تستند إليه، وتوخت الالتزام بالفصلين 99 و100 م إ ع لتباين تلك الأحكام[490]. وهو موقف منطقي بالنظر إلى ميزة المجلة من هذه الناحية.

أمّا القوانين الأخرى التي لم تظفر بنصوص تشريعية حول مضار الجوار، فقد شاهدت مجادلة حول أساسها[491]. ومن أمثلة ذلك القانون الفرنسي الذي بقي متأرجحا بين النظريات الذاتية[492]، والموضوعية[493]. والرأي الغالب أن لمضار الجوار أساسا مستقلا عن الأسس التقليدية[494].

---

485 تعقيبي مدني عدد 4161 مؤرخ في 25 أكتوبر 1981 ن. ج. III ، ص. 344. تعقيبي مدني عدد 49229 مؤرخ في 27 سبتمبر 1960 ن. 1961 ص.39.

486 تعقيبي مدني عدد 570 في 2 نوفمبر 1976، ن. III ، ص. 90. تعقيبي مدني عدد 6712 في 9 ديسمبر 1981 ن. IV، ص. 216.

487 تعقيبي مدني عدد 7987، سابق الذكر.

488 TPI Sousse, 27 oct.1975, R.T.D. 1976, II p.154.
وقد جمعت فيها المحكمة أسس الخطأ، (الفصل 83)، والتبعة (الفصل 554) ، ومضار الجوار (99 و100 م. إ.ع.).

489 لانتقاد الأسس الأخرى، مقالات صلاح الدين الملولي. مرجع سابق الذكر ص. 188، و192. فارجا، المرجع سابق الذكر. يوسف الكناني وفوزي بلكناني، قانون الأموال مركز النشر الجامعي 2003 ، ف. 171، ص. 87.

490 حيث أن تأسيس القيام على أحكام الفصل 82 م. إ. ع. يقتضي توفر سوء النية أو التهوّر، فلا يترتب عن الالتجاء إلى القضاء أي تعويض لأن الدعوى المدنية تفقد في هذه الحالة أساسها القانوني، لأنها أقيمت على اساس وجود جنحة قد انتفت. وتكون محكمة القرار المنتقد لمّا قضت لفائدة الدعوى على أساس الفصل 82 م إ ع المشار إليه قد اعتمدت سندا قانونيا غير صحيح ويتجه نقض حكمها. تعقيبي مدني عدد 4324 في 14 فيفري 2005، غير منشور. حول التفرقة بين الخطأ ومضار الجوار. صلاح الدين الملولي. المرجع السابق، ص.189.

491 Viney et Jourdain, Les conditions de la responsabilité, n°941 p.1066, Flour, Aubert et Savaux, le fait juridique, n°127, p.118.s.

492 أرسى القضاء الفرنسي مبدأ يمنع الإضرار بالجار مرتبطا بالخطأ موضوع الفصل 1382.



ويتجه التعرض إلى شروط مضار الجوار (أ)، ثم إلى الجزاء المترتب من النظرية (ب).

### أ ــ شروط مضار الجوار

تندرج نظرية مضار الجوار تقليديا ضمن المسؤولية التقصيرية، دون أن تنقطع عن ممارسة حق الملكية. ولذلك فإن الشروط تهم مبدئيا المضار (1)، وصفة المتضررين (2)، وتؤدي إلى التعرض إلى تقدير المضار (3).

#### 1 ــ المضــــار

**127.** مصطلح المضار جمع لمفرده "مضرة" التي وردت بالفصل 99 م إ ع Trouble. وهي ترتبط بالتكدير والضيق بسبب الخروج عن المألوف[495]. فالتعايش يقتضي تحمل درجة دنيا من الضيق، بشرط أن تكون مما يعتاده الجيران. وترتبط المضرة بالضجيج والروائح والغبار[496] والدخان، وكلّ ما

---

Nul ne doit causer à autrui un trouble de voisinage. Civ 2ème 19 novembre 1986, Bul. Civ. II n°172.

وبمبدأ دستوري يمنع الإضرار بالغير.

Nul n'a le droit de nuire à autrui Cons. const. 22 octobre 1982, D 1983. J. p. 189, note Luchaire.

متأثرا بالفصل الأول من بروتوكول المعاهدة الأوروبية لحقوق الانسان.

Civ. 2e, 23 oct. 2003, J.C.P. 2004, I, n° 125, obs Périnet- Marquet, R.T.D. Civ, 2004, 315, obs. Th. Revet.

493 Starck, Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile, Paris 1947, p.187. Guy Courtieu et Denis Courtieu, préci. n° 56 s. p.38.s.

494 Viney et Jourdain, n°960, p.1085 et les cf. ; L. Yocas, les troubles de voisinage, L.G.D.J. 1966, Terré et Simler, Les biens, 8 éd. Dalloz 2010, n°328, p.271; Flour et Alii n°127, p. 143.

495 G. Cornu, Droit civil, Les biens, 13e éd. Montchrestien 2007, n°40, « Purement matériel, le trouble de voisinage répond à un critère objectif de résultat ».

496 تعقيبي مدني عدد 4484 في 3 نوفمبر 1981، ن. ج. I، ص. 58.

يسبب الضيق غير المحتمل في الجوار[497]. وللقضاء شواهد كثيرة على ذلك. فمضار الجوار تقوم على الحرارة غير العادية المنبعثة من فرن خباز[498]، وعلى ارتفاع غير عادي يحجب النور عن العقار[499]، و ارتجاج ينبعث من جهاز تبريد فيقضّ راحة الجيران[500]، وغبار يصدر عن طاحونة رحي للحبوب والتوابل[501]، وروائح كريهة، وتكاثر حشرات بسبب تربية أبقار حذو المساكن[502]، وضجيج غير محتمل صادر عن مكيف[503]. كما أن انبعاث موجات كهرمغناطيسية من هوائي مثبت لالتقاط المكالمات عبر الهواتف غير المحمولة سبب في قيام مضار الجوار، حتى وإن "كانت المضرة الحاصلة من الترددات والإشعاعات الكهرومغناطسية غير ظاهرة للعيان ولا هي حسية" [504]. اللافت للنظر أن وظيفة المضار صارت وقائيّة، لا تنتظر حصول الضرر بل تتصدى له قبل نشأته. وقد تكون المضرة مصطلحا متباينا عن الضرر، يسبقه ويعدّ

497 كمال شرف الدين القانون المدني،الجزء الثاني، الأموال كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس،1993-94 دروس مرقونة، ف.282، ص.13. والأمثلة المذكورة.

498 تعقيبي مدني عدد 570 في نوفمبر 1976 ن. III، ص. 90 .

499 تعقيبي مدني عدد 6712 في 9 ديسمبر 1981 ن. IV ، ص. 216 سابق الذكر.

500 تعقيبي مدني عدد 7987 في 12 أفريل 1983، سابق الذكر.

501 تعقيبي مدني عدد 17119 في 2 ماي 1989، غير منشور، مذكور عن صابرة بن عثمان، مضار الجوار. مذكرة شهادة دروس معمقة كلية الحقوق والعلوم السياسية والاقتصادية بتونس أكتوبر 1990.

502 تعقيبي مدني عدد 4324 في 14 فيفري 2005، غير منشور.

503 تعقيبي مدني عدد 4511 في 9 ديسمبر 2004، غير منشور.

504 المحكمة الابتدائية بصفاقس عدد 35402 بتاريخ 19 ديسمبر 2005 ، غير منشور، وتم إقراره استئنافيا تحت عدد 20290 عن محكمة الاستئناف بصفاقس في 12أفريل2007، غير منشور ايضا. وحيث وطالما اثبت الاختبار وجود ضرر يتمثل في تعرض منزل المدعين إلى مخاطر الإشعاعات والترددات الكهرومغناطسية وتأثيرها على صحة وسلامة أفراده وتعين بالتالي رفع تلك المضرة عملا بأحكام الفصل 99 من م. ا. ع، دون وجوب انتظار إلى حصول اضرار بدنية إذ الغاية في مثل هذه الأمور الخطيرة هي الوقاية حتى لا تقع الأضرار البدنية.



إرهاصات تنذر به، وفق موقف فقهي[505]، منتقد لحرصه على فويرقات واقعية لا تجني منها الدقة القانونية طائلا[506]. وتثير وقائع القرار، وصفا يرتبط بالمخاطر المسببة للضرر[507]. فبما ان الضرر يجب أن يكون ثابتا، فإن المخاطر تنزع نحو الاحتمال، لتعطل أحكام المسؤولية، وتطبيقاتها في مضار الجوار. أليس الحديث عن مضار الجوار مجازفة قانونية عند وجود المخاطر؟

انبرى الفقه نحو تأسيس المضار على الضرر المعنوي[508]، متجسما في الخوف من أن يتحول شبح الخطر إلى حقيقة. الفزع ترجمان للمضار، والمضار تلبس ثوب الفزع والقلق، لينكسر الحاجز بينها وبين المخاطر المستقبلية. وللتدقيق فهي Potentiel محتملة، وميزة الاحتمال تتعارض مع الضرر الحقيقي، ولكنها مصدر للكدر النفسي والارتباك، وضيق الصدر، وتوجس للمكاره واكتئاب من المستقبل، لينقلب الضرر غير المحقق في نهاية المطاف إلى ضرر قوامه عدم الاطمئنان والفزع من المستقبل. وقد رأى بعض الفقهاء[509] أن ضرر الإشعاع المغناطيسي لم يثبت من الناحية العلمية. ونتيجة لذلك، فإن تبرير هذا الموقف مرجح ليميل نحو مبدأ الحيطة، دون مضار الجوار. فالخطر المحدق بالمجاورين مفترض ومحتمل، لا يجزم فيه العلم بحقيقة مطلقة. ولذلك، فإن الأساس يبتعد عن الخطر كمصدر للضرر، ليأخذ

505 C. Guillemain, Le trouble en droit privé, PUAM. 2000, Préface Ph. Conte. ; Ph. Stoffel-Munck, La théorie des troubles de voisinage à l'épreuve du principe de précaution: observations sur le cas des antennes relais, D. 2009, Chr. 2817.

506 Ph. Brun, La responsabilité, préc. n° 319

507 Le risque préjudiciable. En ce sens Trébulle, obs. sous Civ. 2e, 24 févr. 2005, J.C.P. 2005, II, 10100.

508 Jourdain, obs. sous C.A. Versailles, 14 février 2009, R.T.D.Civ.2009, p. 327, obs. Jourdain.

509 Jourdain, op.cit.

بالاعتبار خطرا يحوم الشك حول وقوعه، فتؤدي المسؤولية المدنية دورا استباقيا باعتماد مبدإ الحيطة[510].

**128.** وتحمل هذه المضار على النيل من الراحة العادية التي يحق لكل جار أن يرتقبها وأن ينعم بها. ولكن القضاء لم يطبق الفصل 99 م إ ع بمعزل عن النصوص الواردة بمجلة الحقوق العينية، والتي تنظم ممارسة حقوق الجيران[511]. فاتجهت محكمة التعقيب إلى أنه "وإن كـان الفصـل 99 م إ ع يحمل السند العام لدعوى رفع المضرة بين الجوار، فإن مجلة الحقوق العينية تضمنت نصوصا خاصة منظمة لقواعد غرس الأشجار وإحداث المباني والكشف على ملك الجار، وهي النصوص الواجب اعتمادها في تقدير مدى وجود المضرة الناجمة عن إحداث مطلات على الغير أو إحداث بناءات من شأنها حجب الهواء والشمس عن الأجوار"[512]. وقد نقض هذا القرار لعدم اعتماد قضاء الأصل على الفصلين 174 و175 م ح ع في أخذ الضرر بالاعتبار. والواقع أنه يجسّم نزعة قضائية جمعت بين مضار الجوار وممارسة حق الملكية، وبقيت متنازعة بين وصف الدعوى، عندما يكون سبب المضرة عدم احترام مسافة التراجع، كدعوى حوزية في كف الشغب، أو دعوى في رفع مضرة يؤدي عدم تقديرها إلى اختصاص مطلق للمحكمة الإبتدائية[513]. ولا يخفى هذا الجدال الإجرائي سؤالا جوهريا حول أساس مضار الجوار ومدى ارتباطها بالملكية.

**129.** ونجد موقفين من هذه المسألة. هناك موقف يرى في مضار الجوار دعوى لتحقيق التوازن بين عقارين مجاورين، دون أن تقتصر على التوازن بين الأشخاص[514]. وهناك موقف آخر يناقض الأول، ليؤسسها على اختلال توازن بين الحقوق والتعدّي عليها بطريقة فيها الهضم والاعتساف ومجانبة المألوف بين الجيران[515] . ولا يؤدي المزج في الأسس بين الفصل 99 وأحكام مجلة الحقوق العينية، مثل الفصول 21 و174 و175، تغليب الرؤية الأولى عن الثانية عند القضاء[516]. فالراجح أن قرارات الدوائر المجتمعة أسست معادلة قوامها التوازن بين حقوق المتجاورين. فقد أقرّت بأن دعوى مضار الجوار تترتب عن مسؤولية مدنية مصدرها القانون عندما يخل الجار بقيد المسافة، ويزيغ عن أحكام الفصل 21 م ح ع الذي يقيّد حرية المالك باحترام المصلحة العامة والخاصة والنصوص الترتيبية[517]. ولكن الارتباط مع

---

510 M.Boutonnet, note sous C.A. Versailles, 14 février 2009, D. 2009, p. 819.

511 الفصل 168 م. ح. ع. يمنع تجاوز الأشجار المتاخمة الحد الفاصل بين جارين ويمكن من قطع الأغصان المتدلية في العقار المجاور ويمكن كذلك الفصل 169 م. ح. ع. من قطع جذور الأشجار الممتدة إلى ارض الجار. وهي مسؤولية بدون خطا.

En droit français, pour les autres cas de responsabilité, autre que les inconvénients du voisinage, Terré, et Simler, Les biens, n° 317, p. 264.

ويلزم الفصل 174 م. ح. ع. من احترام مسافة التراجع. والابتعاد عن الحد المجاور مسافة يضبطها القانون.

512 تعقيبي مدني عدد 7677 في 7 ديسمبر 2004، غير منشور.

513 حول هذا النقاش: نور الدين االغزواني. التعليق على قانون المرافعات المدنية والتجارية. الأحكام العامة والاختصاص أوربيس 1996، ص.217. كذلك ملحوظات الادعاء العام في القضية عدد 59177 بتاريخ 21 أكتوبر 1999، قرارات الدوائر المجتمعة 1999.1998، ص. 18 وما بعدها وخاصة ص. 22 وما بعدها. تعقيبي مدني عدد 64210 مؤرخ في 13 أفريل 1998، ن. I ، ص. 197

514 Terré et Simler n°327. p. 25 : Entre les fonds voisins doit exister un rapport d'équilibre ….note 2, c'est dire que la théorie des troubles de voisinage s'applique entre des fonds plus qu'entre des personnes.

515 ملاحظات الادعاء العام سابقة الذكر، ص. 45.

Starck, Th. précit. p. 188 : « le conflit de voisinage n'est pas un conflit entre droit de propriété, mais un conflit entre droits subjectifs ou libertés individuelles, abstraction faite de la qualité de propriétaire des parties en litige ».

516 قارب قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات بين مضار الجوار وأحكام التصرف في الملكية. فالمادة 1163 تضاهي الفصل 21 م. ح. ع. المادتان 1141 و1142، توافقان الفصل 168 م. ح. ع. والمادة 1144 تتطابق مع الفصلين 99 و100 م. إ. ع.

517 تعقيبي مدني عدد 59177 دوائر مجتمعة في 21 أكتوبر 1999، قرارات الدوائر المجتمعة 1999.1998، ص. 9، كذلك 59178 في 21 أكتوبر 1999، نفس المصدر. ص. 29.

الحقوق الشخصية بدا جليا في القرار عدد 36870 بتاريخ 24 أفريل 1997[518]. فقد ميّز القرار بين الضرر الذي يلحق العقار وبين الضرر الذي يلحق الجار شخصيا، فيكون في هذه الحالة متعلقا بالفصل 99 م إ ع[519]. ولا بد أن ينعكس استعمال حق الملكية على الحقوق الشخصية للجار لقيام مضار الجوار، فحجب الشمس لا يعد ضررا للجوار طالما لم يتجسم في رطوبة تنعكس على جسم الإنسان وتسبب له الأمراض والأذى. والإزعاج المجحف بحق الجار بسبب الكشف له صدى على حقه الشخصي في التصرف، فالقيد الوارد بالفصل 99 و100 م إ ع يرفع عن الجار الأذى المجحف "الذي يتجاوز القدر المحتمل المتسامح فيه بين الأجوار وكان له مساس بالصحة والراحة". ويشير قرار كذلك إلى أن "إحاطة العقار ببناءات مرتفعة تحجب عنه الهواء تنقص من قيمته المالية والنقص في القيمة المالية يتعلق في هذه الفرضية بضرر حاصل بسبب محيط جديد"، ولذلك فإن الضرر الاقتصادي الناجم عن نزول القيمة المالية للعقار يعتبر من مضار الجوار، وهو مساس بحقوق شخصية للجار المالك[520].

وينتج عن ربط مضار الجوار بالحقوق الشخصية للجار المتضرر كذلك التوسع في قائمة المتضررين.

---

518 قرارات الدوائر المجتمعة 1997.1996، ص. 37.

519 حيث أن القواعد التي يجب احترامها لتفادي ضرر الكشف والحرمان من الضوء والشمس وردت بمجلة الحقوق العينية أما الضرر الذي يلحق الأشخاص فقد تضمنه الفصل 99 م. إ. ع.

520 على عكس هذا التحليل، مرّ بنا أن تاري و سيملار ولوكات يرون أن النقص في قيمة العقار دليل على أن نظرية مضار الجوار تطبق على العقارات المجاورة وليس على الأشخاص، بما أن للمالك الحق في التداعي حتى عندما لا يكون ساكنا في العقار.
Civ 2ème. 28 juin 1995, J.C.P.1996, I 3921 obs. H. Perinet – Marquet, R.T.D.Civ. 1996, p.179, obs. Jourdain.
ويبرر هذا الموقف بتدني القيمة المالية للعقار، مما يؤكد انعكاس الضرر على الحق الشخصي للمالك وارتباط النظرية بتوازن بين حقوق الأفراد.
Viney et Jourdain n°947, p.1070.



## 2 ـ المتضرر من الجوار

130. بديهي أن يعتبر مالك العقار متضررا من كل تجاوز مجحف يسبّبه الجار، وهو المالك المتاخم والموجود بمنطقة الجوار. ولا تقتصر صيغة الفصل على المالك وحده، فاستعمال مصطلح "المجاورين" يؤدي معنى عاما لا يقتصر على من يُوفر صفة المالك دون غيره. وتنتهي قواعد التفسير إلى هـذه النتيجة. فقد اقتـضى الفصل 533 م إ ع أن التفسير يجري النص العام على إطلاقه، ولا يكون مدعاة إلى التضييق من نطاقه[521]. واتجه القضاء نحو قبول هذا الموقف وإعماله. فقد رفضت محكمة التعقيب الطعن القائم على افتقاد المتضرر صفة المالك، عندما أثار دعوى وهو يشغل المنزل بالتسويغ ضد صاحب مقهى مجاور تجاوز الحد العادي للإزعاج . ولم تر محكمة التعقيب في صفته تلك ما يدعو إلى عدم تطبيق أحكام الفصل 99 م إ ع[522]. وهذا يتماشى مع اعتبار هذه النظرية قائمة على أحكام المسؤولية، لتحمي حقوقا شخصية للمتجاورين[523] في التمتع بنوع خاص من الحياة.

131. ويتعلق الأمر كذلك بمقاولات البناء التي تستقطب النظر في خصوص انطباق نظرية مضار الجوار[524] بسبب التكدير الذي يرافق تنفيذ الأشغال. فالمقاول لا يعتبر جارا و لا تنطبق عليه أحكام مضار الجوار.أما

---

521 Slaheddine Mellouli, art précit., p.182.

522 تعقيبي مدني عدد 4484 مؤرخ في 3 نوفمبر 1981، ن. IV، ص. 58. وتتوارد هذه الدعوى مع حق المتسوّغ في مطالبة المالك بضمان الانتفاع.

523 ويصدق هذا التصور كذلك في خصوص محدث المضار، فسيّان أن يكون مالكا أو متسوغا. فكلمة أصحاب الأماكن المضرة ، حتى وإن قابلتها في الصيغة الفرنسية كلمة Propriétaire لا يمكن تقييدها بالمالك. ولا يتم الادعاء ضد المالك نظرا لتسببه شخصيا أو بواسطة الغير في الإضرار بالجوار. في هذا المعنى صلاح الدين الملولي. المقال السابق ص. 184. لأن قرار الدوائر المجتمعة حدد أساس الدعوى وربطها بكل حق شخصي ينعكس عليه ضرر الجوار.

524 P. Malinvaud, P. Jestaz, P. Jourdain, O. Tournafond, Droit de la promotion immobilière,8ième éd. Dalloz. 2009, n° 200, p.221.

صاحب الأشغال فلا يسأل عنها لأنه لم يتسبب فيها. فهي تصدر عن فعل المقاول. وقد بسط الأمر لينظر فيه القضاء الفرنسي، فأكد اتجاه أول أن المقاول مسؤول عن مضار الجوار رغما عن أنه لا يوفر صفة المالك أو صفة الشاغل للعقار[525]، واعتبره ضمنيا "جارا عرضيا"[526]. وأكد ثان[527] على العكس، لأن المسؤولية تقوم على رب العمل بوصفه "الفاعل الحقيقي" للمضار، إلا أن هذا الاتجاه لم يعمّر والتحق بالرؤية الأولى في تحديد المسؤول. واعتبر تبعا لذلك المقاول المتسبب في مضار الجوار[528].

ويصبح رب العمل مسؤولا إذا كانت المضرة متأتية من المنشأة ذاتها "ouvrage" ، كأن تصدّ المجاورين عن التقاط المحطات التلفزية، أو تكون المداخن غير مطابقة للمواصفات. وتنتقل هذه المسؤولية إلى الخلف الخاص لرب العمل[529]. وبذلك فإن الباعث العقاري يكون مسؤولا في البداية وتنتقل هذه المسؤولية إلى كل مالك شقة.

**132.** ويبسط هذا آليا مسألة التوسع في قائمة المتضررين، ومدى معرفة ما إن كان الفصل 99 م إ ع يحمي المتضررين من البيئة، وهي مسألة

---

525 Civ 2ème. 10 Janvier 1968, RTD civ. 1968, 725, obs. Durry.

526 Malinvaud et Alii, n° 200, p. 221. « un voisin en quelque sorte occasionnel ».

527 Civ 3ème. 4 février 1971, RTDciv. 1971, p. 587, obs. J.D. Bredin.

528 Civ 3 ème , 30 juin 1998, RTDciv. 1999, p. 114. obs. P. Jourdain, JCP 1999,I, 120, n° 13, obs. H. Perinet – Marquet. Civ 3 ème , 11 mai 2000, responsabilité civ. et assurance 2000, comm.. n°263, obs. H. Groutel. D. 2000, Somm. p. 2231, obs. Jourdain.
وقد أقصى القضاء الفرنسي أحكام المسؤولية الشيئية لتصبح مضار الجوار السند الوحيد والحصري لقيام المتضررين.
Civ 2ème , 20 juin 1990, R. D. immobilier, 1991, p. 34, obs. J. L. Bergel.

529 Civ 3 ème , 11 mai 2000, préc.
وتصبح مضار الجوار مسؤولية عينية.
Responsabilité propter rem.



ذات فوائد عملية ونظرية كثيرة. فالإضرار بالبيئة بقي خاضعا لعديد القوانين الخاصة والمعاهدات، ولمبدأ يقضي أن يتحمل صاحب كل نشاط ملوث دفع المقابل. Polluеur- Payeur[530]، وهو يؤدي إلى استخلاص مسبق من الأنشطة الصناعية الملوثة ما عسى أن تلحقه من أضرار. ويبقى توظيف نظرية مضار الجوار في حماية البيئة سبيلا إلى إثراء قانون حماية المحيط بأسس تقليدية في المسؤولية. ولم يخف النقاش عن الفقه ومعرفة ما إن كان الفصلان 99 و100 م إ ع ينطبقان على حماية المحيط. وكان النقاش بين الأستاذ محمد علي مكوار المغربي[531]، والأستاذ فارجا[532]. الأول نفى انطباق مضار الجوار على المحيط، وقدم حجتين لذلك: الأولى هو أن الفصلين 91 و92 ظ. مغربي اللذين يتطابقان مع الفصلين 99 و100 م إ ع استثنائيان، ولا يكون التفسير سبيلا إلى التوسع فيهما، بل لا مناص من التقييد بما جاء فيهما وفقا للقاعدة الأصولية: ما به قيد أو استثناء من القوانين العمومية أو غيرها لا يتجاوز القدر المحظور مدة وصورة.... والحجة الثانية، هي أن النصين يتطرقان إلى الجوار، وهو مصطلح دقيق وضيّق، فلا يمتد الجوار إلى منطقة عمرانية أو جغرافية متسعة. أمّا المحيط فهو اصطلاح يرتكز على اتساع مكاني، يذهب إلى الأقاصي البعيدة للبلاد. ولذلك فإن الضرر البيئي لا يمكن أن يكون موضوع حماية أحكام مضار الجوار.

---

530 L. Chikhaoui, Le devoir écologique de l'Etat, Etudes juridiques, 2004, p.133s.

531 M.Ali Mekouar, D.O.C et dommage écologique : L'environnement aux confins du voisinage, Rev.Marocaine de Droit et d'Economie du Développement, n° spécial, D.O.C. et société, soixante dix ans après,1987, p.183s.

532 G. Farjat, Pollutions et nuisances, art préci. En droit français, Terré et Simler, Les biens, 8 éd. Dalloz 2010, n°330, p.273.

وعلى عكس ذلك يعتقد جيرار فرجا أن الفصلين 99 و100 م إ ع مؤهلان لحماية البيئة وينطبقان عليها. باعتماد تفسير علمي حرّ يمكن من التوسع في مفهوم الجوار والخروج به عن الاصطلاح القديم. فقد نمت الصناعات الثقيلة وازدهرت الأنشطة الملوّثة للبيئة التي لم تكن معروفة عند صدور مجلة الالتزامات والعقود. ولذلك فلا بد من قبول الترادف بين الجوار والمحيط، خاصة وأن الأضرار أصبحت تبلغ مناطق بعيدة ولا تنحصر في تخوم ضيقة.

ولرأي جيرار فارجا مناقب كثيرة. فالإضافة إلى نظرته الاستقرائية لنصوص المجلة وإعطائها بعدا استشرافيًا، فإن الجزاء كما سنرى يصل إلى حد توقيف النشاط الملوث، وهو ما تأباه الأحكام الخاصة لقانون المحيط.

**133.** وقد اعتمدت محكمة التعقيب على الفصل 99 م إ ع لترتيب المسؤولية عن الإضرار بالبيئة، ولكنها قدرت الضرر على ضوء احترام التراتيب التي تفرضها وكالة المحافظة على المحيط[533]. واستخلصت في مواقف مبدئية أن عدم احترام قوانين التهيئة الترابية والتعمير قرينة على تحقق مضار الجوار، دون أن يثبتها المدعي، وفيها إخلال بحق ذاتي في محيط سليم[534]. وفي الموقف دليل صريح على الأخذ برأي الأستاذ جيرار فارجا. ولقضاء الأصل أيضا موقف مماثل، ركن في تقدير الضرر إلى تجاوز مواصفات

[533] قرار عدد 67025.98 في 12 جانفي 2000 غير منشور مذكور من يوسف الكناني وفوزي بلكناني، ف. 170، ص. 84.

[534] تعقيبي مدني عدد 2004. 3113 مؤرخ في 24 نوفمبر 2004، غير منشور: "حيث ان مخالفة مثال التهيئة العمرانية من قبل أحد الأجوار يشكل ضررا للمجاورين له ضرورة أن من بين الغايات التي من أجلها سن قانون التهيئة الترابية والتعمير حسب صريح أحكام الفصل الأول منه ضمان حق المواطن في محيط سليم ويعتبر الضرر بمجرد ثبوت المخالفة مفترضا دون حاجة لإثباته مثلما يقتضيه الفصل 99 م.ا.ع". وكذلك تعقيبي مدني عدد 2005.8229 مؤرخ في 31 ماي 2006، غير منشور.



ضبطتها توصيات أوروبية ومناشير في تثبيت الهوائيات واحترام مسافة تراجعها عن المنازل خشية أن تتسبب الموجات والترددات المنبثقة منها في النيل من سلامة الجوار[535].

### 3 ـ تقدير المضار

**134.** يستخلص من الفصل 100 م إ ع أن على الجار تحمل الإزعاج المألوف من علاقة الجوار، وأن القيام مرتبط بالشطط والإجحاف. ويفيد التواتر والتكرار إلى حد يبلغ درجة لا تطاق عادة. فنباح الكلاب الأهلية التي تفزع لأقل حركة يسبب تشنجا يخرج عن نواميس الجوار. كما أن أزيز الطائرات المقلعة والنازلة طوال اليوم يقضّ مضجع المتاخمين، ويسبب تدنيًا في إنتاج بعض الحيوانات. أمّا إذا كان الضرر منفردا، فإنه لا يعد مشطا، إذ أنّ من مكوّنات الإجحاف أن يستديم الإزعاج[536].

**135.** ويتم التقدير من قضاء الأصل[537]، ويأخذ بالاعتبار طبيعة المنطقة التي يشتكي ساكنها من مضار الجوار. فصياح الديك لا يعدّ مجحفا في منطقة ريفية[538]، ودرجة الرطوبة تقدر أيضا بخصائص الجهة الجغرافية، فإن كانت

[535] قرار استئنافي عدد 20290 عن محكمة الاستئناف بصفاقس في 12أفريل2007، غير منشور." إلا أنه ومن خلال ما أكدت عليه المناشير الوزارية المذكورة من تجنب توجيه الإشعاع الرئيسي للهوائي واحترام المسافات الضرورية وحرصها على احترام التوصيات واعتماد حدود قصوى من طرف الاتحاد الأوروبي لتركيز الهوائيات المذكورة فإن المضرة الحاصلة منها تتمثل في ثبوت وجود التأثيرات الحرارية وغير الحرارية التي لها تأثير مباشر ومخاطر على الصحة وسلامة الأشخاص خاصة وقد ثبت أن المسافة التي تفصل منزل المدعين عن المحطة المذكورة لا تتجاوز 8 أمتار".

[536] يمتاز قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات المتحدة بتقديمه تعريفا للضرر الفاحش. المادة 1137 تنص: الضرر الفاحش هو ما يكون سببا لوهن البناء أو هدمه أو يمنع الحوائج الأصلية أي المنافع المقصودة من البناء.

[537] تعقيبي مدني عدد 4511 في 9 ديسمبر 2004، غير منشور.

[538] C.A. Riom, 7 sept 1995, JCP 1996, n°22625 et la note ; contra, C.A. bordeaux, 29 février 1996, JCP 1997, IV, 112.

ساحلية فالتقدير يأخذ بالنظر درجة الرطوبة البحرية. والحال مختلف لو كانت المنطقة داخلية يميّزها الهواء الجاف[539]. كما أن التخصيص الصناعي أو السكني لمنطقة يؤخذ به لا محالة في تقدير درجة الإجحاف وما إن توفرت أو انتفت.

**136**. وتثير مسألة الانتصاب السابق[540] صعوبة في التقدير. وتعني أن يستقر جار في منطقة سبق تخصيصها لغرض صناعي أو سكني، ليشغل عقاره على خلاف ذلك الغرض، كأن يشيّد معملا كيمياويا في حي عمراني سابق، أو أن يستقر في مجمع صناعي. فإذا امتعض بعد ذلك من الروائح المشطة الثقيلة، أو كان سببا لإزعاج من حوله، فهل تؤخذ أسبقية الانتصاب في التقدير؟

لم يتول القضاء الرد على ذلك بوضوح، رغما عن بسط المسألة بدقة أمامه[541]. فقد صمتت محكمة التعقيب عندما أثار مالك محطة بنزين أسبقية نشاطه عن نشاط المتضرر ليتنصّل من المسؤولية عن مضار الجوار بسبب تسرب محروقات إلى حمام مجاور. وقد يكون الصمت رفضا ضمنيا لتلك الحجة، خاصة وأن الفصل 99 م إ ع عام من هذه الناحية، ولا يمكن الأولين

هذا القرار ينفي الإزعاج غير المألوف عن صوت الديكة أصلا، وقدم تعليلا لا يخفي طبيعته الرومانسية والشاعرية.
وبالنسبة لضجيج الطاووس،
TGI Draguignan, 11 juillet 2000, D. 2001, p. 2004, note Bugada..

539 القرار سابق الذكر.

540 يوسف الكناني وفوزي بلكناني، ف. 181، ص. 95. صلاح الدين الملولي، المقال سابق الذكر، ص. 194.
في القانون الفرنسي
Terré et Simler, op. cit, n° 328, p.271;Viney et Jourdain n° 956. s, p 1079

541 تعقيبي مدني عدد 7987 في 12 أفريل 1983، سابق الذكر.



في الانتصاب من امتياز أو حصانة ضد إزعاج الجيران[542]. فانتقلت محكمة التعقيب إلى ردّ التمسك بأسبقية الانتصاب في قرارات لاحقة بتعليل قطعي[543].

وللقضاء الفرنسي رأي مخالف. فقد استبعد الحجة المستمدة من أسبقية الانتصاب في تقدير مضار الجوار، حتى لا يكون المبادر به سبيلا لفرض طابع معين على المنطقة وعلى كل من يهم بمجاورته[544]. ولكنه عدّل في موقفه، ليفرق بين شغل جماعي وآخر فردي لمنطقة معينة. ففي الوضعية الأولى يمكن الركون إلى الأسبقية الجماعية لفرض تقدير يأخذها بعين الاعتبار[545]. والنتيجة أنه إذا أقام شخص منزلا بجانب منطقة صناعية ثم امتعض من أذى الجوار، فإن التقدير يتم وفق معيار المناطق الصناعية وليس وفق معيار المناطق العمرانية. والعكس صحيح أيضا[546]. ويلاقي هذا الموقف التأييد نظرا لأنه يأخذ بالنظر اختلاف المناطق الاجتماعية، وضرورة اختلاف أعراف التعايش فيها[547]. ولكن الانتصاب الفردي لا يعارض به المتضررون ، وكأن صاحبه قد أنشأ لصالحه شكلا من أشكال حقوق الارتفاق الخاصة به. ويعزى هذا إلى تجنب الإقرار بنوع من الحقوق المكتسبة لصالح المبادر بشغل المنطقة وتجميد تخصيصها. فالمنتصب حذو مطار نشأ بعد سكنه لا يحق له أن يتذمر من الضرر المشط للأزيز[548]، بدعوى أنه أول من شغل المنطقة زمنيا.

542 في هذا المعنى صلاح الدين الملولي، المقال السابق، ص. 195 .

543 تعقيبي مدني عدد 960.2006 ، في 4 أفريل 2006، غير منشور: " طالما كان ذلك البناء قائما وبغض النظر عن أسبقية إقامته والترخيص فيه...".

544 Civ 2ème 29 juin 1997, D. 1978, IR, p. 35. obs. Larroumet.

545 Civ 2ème 22 janvier 1969, D. 1969, Somm.66.

546 Civ 2ème. 16 Juillet 1982, D. 1982, IR. p. 429.

547 Viney et Jourdain, n° 956, p. 1220.

548 Civ 2ème. 8 mai 1968, D. 1969, p. 609, J.C.P. 1968, 15595, note E. du Pontavice et M. De Juglart.
القانون الفرنسي جسّم امتياز الشاغل السابق في قانون L.112.16 المدرج في مجلة البناء والسكن.

**137**. ويدق التقدير كذلك في مباني السكن الجماعي التي انتشرت بفضل قطاع البعث العقاري[549]. فالعمارة تخصص للسكن عموما، ويدقق ذلك نظام الملكية المشتركة. وتقوم المسؤولية عن مضار الجوار عندما يتم تجاوز الطبيعة السكنية للعمارة. ويتم تقدير الشطط وفق المعيار الملائم لتلك الطبيعة، بل إن القضاء الفرنسي أبطل بندا في نظام الملكية المشتركة يقضي بتحمّل المتساكنين وجود مخبزة تمارس نشاطها بالعمارة، واعتبر قيام مضار الجوار[550]، لتجاوز الأذى الحد المعقول[551]، سواء عند استعمال الأجزاء الخاصة أو الأجزاء المشتركة.

ولبند تخصيص العقار للسكنى[552] قيمة في تقدير المتعارف عليه من الأضرار، وما يتجاوز فيها الحد الاعتيادي عند استغلالها. ويمكن أن يكون التخصيص مهنيا بحتا. وعند التخصيص السكنى، فإن هذا ينفي قبول نشاط تجاري أو صناعي، ولا يتنافى إدراج ذلك البند مع ممارسة مهنة حرة مثل الطب. إلا أن طب الأطفال اعتبر مخالفا لذلك البند، بالنظر إلى الضوضاء المرافقة لتلك المهنة. ولا تعنينا في هذا المقام قيمة البند كشرط من شروط نظام الملكية المشتركة، وما له من تأثير على مسؤولية المتساكنين، بل ما يشد

L112.16 C. de la construction et de l'habitation,Viney , Jourdain, préc.n°957, p.1222.

549 Ph. Malinvaud. Ph. Jestaz , P. Jourdain, O.Tournafond, droit de la promotion immobilière.8ème éd. Dalloz 2009, n°387, p.388.

550 Civ 3ème. 20 février 1973, RTD civ 1974, p. 610, obs. Durry.

551 عندما يتم التداعي على مخالفة نظام الملكية المشتركة، فإن عنصر الشطط لا يعتمد في ترتيب المسؤولية.

Terré et Simler, n°712 s, note 3, p.625.

552 Clause d'habitation bourgeoise; Ph. Malaurie, L. Aynès, P. Y. Gautier, Les contrats spéciaux, 3e éd. Défrénos, 2007, n°686, p.385.



النظر إليه أنه عنصر مؤثر على تقدير مضار الجوار، وربط ذلك التقدير بتخصيصها بالأعراف السارية في النمط المماثل لتلك العمارات[553].

**138**. والصعوبة الأخرى التي تبسط عند التقدير مأتاها الحساسية المفرطة للجار. فهل يمكن الاحتجاج بها من المتضرر، أو حتى من المسؤول في تحديد الشطط والإجحاف؟

الإجابة تقوم على نقل التقدير من معيار موضوعي إلى معيار مجسّم، فإذا كانت الأدخنة التي تنفثها مدخنة صناعية محتملة من الإنسان العادي، فإنها تؤدي إلى أزمة صحية لدى بعض المصابين بأمراض صدرية، أو بقصور في التنفس. ولمّا كانت نظرية مضار الجوار متعلقة بالمضار نفسها إذا تجاوزت سقفا تصير فيها مشطة وغير عادية، فإن فحص شروط هذه المسؤولية لا يتم إلا من زاوية المضار فقط، دون الانكباب على ضرر الجار نفسه. فإذا كانت بنيته الصحية أو النفسية مترهلة، كأن يشكو من الأرق، أو من ضيق التنفس، أو من التهاب مزمن في الجلد، فلا مأخذ على إزعاج يتحمله الأشخاص ذوو البنية العادية، لأن الشطط خروج عن المألوف وتجاوز للحدّ المتعارف عليه[554]. وينتج عن اعتبار خصوصية المتضرر، تحوّل التقدير من معياره العادي إلى معياره المجسّم، وهو ما يأباه الفقه[555].

553 في القانون الفرنسي.

Terré et Simler,op.cit. n° 715, p. 628.s.

554 Viney et Jourdain, n° 958, p.1082 « Le trouble anormal serait celui qui excéde la norme envisagée abstraitement, du point de vue des gens normaux ». Y. Chartier, la réparation du préjudice, Dalloz 1996.

555 يوسف الكناني وفوزي بلكناني، ف. 182، ص. 95 والمراجع الفقهية التي تدعم رأيهما.

وقد سار القضاء الفرنسي في نبذ خصوصية المتضرر[556] عند تعريف المضار غير العادية. وفسر الفقه القرارات التي اعتبرت قائمة على تقدير مجسّم بأنها لم تشذ عن أحكام التجاور[557]. وعلى كل، فإن الحساسية المفرطة للمتضرر لا تأخذ بالنظر إذا كانت بسبب خطإ منه، كأن يدمن على المخدرات، أو الكحول، أو التدخين إلى حدّ انهيار المناعة العادية لديه[558]. والرأي أن خصوصية تفاعل المتضرر لا تنفي ــ عدا الحالة التي يكون قد تسبب في تردي صحته ــ من إعمال أحكام مضار الجوار، خاصة بالنسبة لمرضى الربو والحساسية على اختلاف أنواعها. فكثيرة هي الأنشطة الصناعية التي تهاجم المناعة في مختلف وظائفها العضوية، كالجهاز التنفسي أو الهضمي أو الجلدة أو العينين أو الحلق وتضعفها إضعافا شديدا. ولا تثريب في أخذ الحساسية المفرطة للمتضرر، حتى وإن بدا الأمر تمريرا لتقدير مجسّم. والواقع أن أثر هذه الصناعات والأنشطة المختلفة يشمل شريحة إنسانية عريضة، حتى وإن تجلت العلامات عند ضحية تبدو منفردة، كأن تكون مصابة بحساسية تنفسية تعرضها لنوبات حادة من الربو. ويشهد على ذلك تصاعد الخط البياني لهذه الأمراض. فالمنطق يقتضي أخذ ضعف البنية الصحية والتشدد في التقدير عند تسبب هذه الأنشطة المشطة في مثل هذه التداعيات .

556 T.G.I Riom, 17 mars 1965, D. 1965, 547, note G. A, R.T.D. Civ. 1965, 832, obs. Bredin : « Le trouble de jouissance doit être examiné en tenant compte des répercussions possibles qu'il peut avoir sur une personne normale et bien portante, et non sur une personne malade et sensible ».

557 Viney et Jourdain , n°957, p. 1081.

558 Terré et Simler, n°328, p. 272.



## ب ــ جزاء مضار الجوار

ذكر الفصل 99 من م ا ع حق المتضررين من الجوار في طلب إزالة الكدر وسببه أو اتخاذ الوسائل الكفيلة بإزالته. والخوض في أنواع الجزاء (1)، يؤدي إلى تحليل موقف القضاء منه (2).

### 1 ــ أنواع الجزاء

**139.** يتجلى أن الفصل 99 يمكن من إلزام المتسبب في الضرر باتخاذ الوسائل اللازمة لتجنب الضرر أو إيقاف النشاط. ويبقى الفقه[559] متحفظا حول ترتيب التعويض المادي عند تطبيق الفصلين 99 و100 من م إ ع. فلم يرد في صيغة النص ما يمكن من النطق بغرم الضرر، وهو ما يفسر اعتماد الخطأ الشخصي موضع الفصلين 83 82 م إ ع من المتضررين للحصول على التعويض[560]. ولا نرى أن الفصل 99 م إ ع يمنع من الحصول على غرم الضرر بمجرد أنه لم يذكر ذلك. فدفع المتضرر أموالا لتطهير بئر ملوثة، أو للتداوي من انهيار نفسي أو عصبي من جراء الضجيج، أو لتغيير مسكنه، خسارة لاحقه وربح فائت. وبما أن مضار الجوار تدخل في باب الجنحة وشبه الجنحة وما ينزل منزلتهما، فلا وجود لأية مصفاة تحجبها عن تطبيق الفصل 107 م ا ع، الذي يحدد التعويض عن كل فعل يرتبط سببيا مع الضرر. والأمر بديهي إذن، إلا أن عدم تعرض الفصل له يحمل إرادة استئصال المضار وسببها، وإبقائها في حدود ما يحتمل ويطاق. ولذلك فإن الفصل 99 م ! ع

559 K. Charfeddine, obs. précit, R.T.D 1984, p. 615, S. Mellouli, art précit. p. 200.
يوسف الكناني وفوزي بلكناني، ف. 178، ص. 91.

560 Références citées par. S. Mellouli, art. préc. p. 201, note 49.
ويرى الكاتب أن الفصل 540 م. إ. ع. يعزز الطابع القيدي للفصل 99 من م. إ. ع من حيث عدم تنصيصه على التعويض.

يتعارض بوضوح مع المبدأ الجوهري في حماية المحيط الذي يلزم المتسبب في التلوث بالأداء Pollueur. Payeur، ولا يقبل الفصل 99 م إ ع أن يكون التعويض سبيلا إلى مضايقة الجوار. فهو سبيل استطرادي مفروغ منه، ولكنه لا يكفي لمعاجلة المضار الجسيمة. ويبقى مبدأ التعويض قائما حتى عند زوال المضار أو اتخاذ الأسباب التي تحول دون حصولها[561].

**140.** والجزاء الثاني الذي يسلطه الفصل 99 م إ ع يقوم على إلزام محدث المضار بأن يتخذ الوسائل اللازمة لتجنب المضار، أو لإرجاعها إلى حدها المعقول لتتلاءم مع أعراف الجوار[562]، كأن يلزم صاحب قاعة أفراح بتركيز عازل للصوت يمنع الضجيج من التسرب إلى الخارج بنفس قوة الذبذبات، أو يجبر مصنع كيمياوي على وضع مصافي تحدد نسبة العناصر الخطيرة التي تعكر الهواء. وقد ذهب القضاء التونسي إلى منع تاجر من تشغيل ثلاجة تصدر أزيزا قويا أثناء الليل بداية من الساعة التاسعة ليلا إلى حد الصباح[563]. ولا يقف الجزاء في الفصل 99 م إ ع عند هذا الحد، بل يصل إلى حدّ إنهاء النشاط بتجميده وتوقيفه نهائيا.

ويستجيب القضاء لطلب الإزالة حتى عند وجود رخصة إدارية في ممارسة النشاط[564]، ويمكّن من سدم النوافذ حتى مع ترخيص البلدية في

561 هذا الحكم ثابت في القانون الفرنسي.
Guy Courtieu et Denis Courtieu, op. cit. n°81 s, p53 s.

562 اعتمدت في رفع المضرة بأخذ الإحتياطات اللازمة على الفصل 82 م. ا. ع.

563 محكمة تعقيبي مدني عدد 7987 في 12 أفريل 1983 سابق الذكر، والذي تم الطعن فيه ضد قرار محكمة سوسة عدد 8646 في 10 فيفري 1982، م. ت. ق، ص. 610، مع تعليق كمال شرف الدين. وفي القضاء الفرنسي تطبيقات عديدة تلزم المسؤول عن مضار الجوار باستبدال الوضع، باتخاذ ما من شانه أن يجنب الشطط والخروج عن المألوف.
G. Courtieu et alii, n° 86, p. 56.

564 تعقيبي مدني عدد 9500 في 7 فيفري 1974، ن. ص. 101.



فتحها[565]. والصيغة الواضحة للفصل 99 م إ ع لا تجعل من الإجازة المعطاة في استغلال النشاط تبريرا للإضرار بالغير من جهة، ولعدم النطق بإزالة النشاط من القاضي من جهة أخرى[566]. ويمتاز القانون التونسي بفضل تلك الصيغة عن غيره من الأنظمة التي تمنع القاضي العدلي من إيقاف نشاط أذنت بقيامه السلطة التنفيذية احتراما لمبدأ تفريق السلط. فما أجازته الإدارة لا يمكن للقاضي العدلي أن يمنعه. ويلتزم القضاء الفرنسي بهذه القاعدة[567].

هذا الجزاء المتنوع الوارد بالفصل 99 م إ ع جاء في سلّم تفاضلي. فهل يلزم القاضي باتباعه حسب الترتيب، أم أنه يمكنه من النطق بالجزاء الذي يراه أوفى بالغاية من مضار الجوار؟

### 2 ـ القضاء و جزاء مضار الجوار

**141.** كان للقضاء التونسي موقف من حيث ترتيب الجزاء في الفصل 99 من م إ ع. وعلى عكس ما عيب على صيغته وبنيته في التعرض إلى إزالة النشاط قبل أخذ الوسائل لتخفيف الضرر[568]، فإن ذلك النص تعامل مع مضار الجوار تعاملا يقطع المضرة من جذورها ويستأصلها استئصالا. فلم يكن عدم تعرضه للتعويض إلا لأن المشرع أبى أن يكون غرم الضرر مقابلا يدفعه المسؤول ليمضي في إزعاج الجوار. وبوأ إزالة النشاط المنزلة الأولى

565 تعقيبي مدني في 24 ديسمبر 1999، ن. ص. 114. كذلك تعقيبي مدني عدد 8575 مؤرخ في 2 جانفي 1973 ن. ص. 114.

566 زكية الصافي الأطروحة المذكورة، ص. 554.

567 Civ 15 novembre 1963, D. 1964, p. 178, note Becqué.
Civ 3ème, 22 mai 1997, J.C.P 1997, I, 4060 obs. H. Périnet-Marquet et 4070 obs. G. Viney. Egalement les références nombreuses citées par G. Courtieu, et D. Courtieu, précit. n°71, p 45.
بعد أن كان متجاوزا للرخصة الإدارية عند توقيف النشاط.

568 صلاح الملولي، المقال السابق، ص.200. يوسف الكناني وفوزي بالكناني، ف.178، ص.91

في الجزاء، قصد بتر سبب التكدير والأذى غير العادي. ولا اعتراض عن ذلك الجزاء حتى عند وجود الترخيص الإدراي. واستثناء لذلك، مكّن من إلزام المتسبب في المضرة باتخاذ الوسائل اللازمة لرفعها. فعند اليقين من أنها تعيد الجوار إلى حياة عادية ومألوفة، تستبدل الإزالة بإصلاح الأمر وضرب التدابير الجديدة برفع المضرة.

**142.** ولكن القضاء خرج عن الترتيب الوارد بالنص ليقدم ترتيبا تفاضليا آخر، يقوم على تقدير ما يتناسب مع المضار. فقد أكدت الدوائر المجتمعة[569]، "أن اختيار القاضي الجزاء المناسب بالحكم بالإزالة واتخاذ الوسائل اللازمة لرفع الضرر، يتوقف على معرفة عوامل عديدة، فإذا كانت الإزالة من شأنها أن تتسبب في خسارة فادحة، فإنّ القاضي يقتصر على الحل الثاني، كما لو كانت الإزالة تؤدي إلى وقف نشاط ضروري للاقتصاد الوطني، عملا بقاعدة الأصل ارتكاب أخف الضررين".

ويستحسن في هذا الموقف اعتماده على التناسب في تحديد الجزاء بين المضار وطرق إزالتها، بغاية الوصول إلى توازن بينهما وبين طريقة التخلص منها، أو ردّها إلى عتبة الضرر المتعارف عليه. ولكن الأمر يبدو محسوما في خصوص الضرر الأكبر. فعندما تتعرض مؤسسة إلى مغبّة إنهاء نشاطها، فإن الأبعاد الاجتماعية لهذا الجزاء وظهور شبح البطالة يرجح الكفة لصالح مواصلة نشاطها وتجنيبها التوقف عن العمل، حتى ولو كان هذا على حساب تكدير الجيران والإزعاج المشط، خاصة في اقتصاد يرنو إلى النمو. وللرؤية حجج تدعمها، منها تفضيل مصادر الثروة والمحافظة عليها مقابل تحمل

569 الدوائر المجتمعة عدد 36870 في 24 أفريل 1997، سابق الذكر.



التعويض للمتضررين[570]، وتفضيل الملكية المنتجة عن الملكية المعطلة[571].

ولا نشاطر هذه الرؤية المتعجلة، لأن الضرر البيئي أثقل على الاقتصاد من البطالة. فربّ معمل سببت نفاياته إتلافا لتوازن المحيط وما يرتبط به من موارد اقتصادية، مثل الصيد البحري والفلاحة، فيزيد البطالة والنزوح تفاقما. ولا تسأل عن المضاعفات الصحية واستفحال عديد الأمراض المستعصية والخبيثة، فهي ترفع من وقع الضرر وتعمق الجراح الاقتصادية. ولا بدّ من تقييم دقيق لمبلغ هذه الأضرار، حتى يتم تحديد أخف الضررين. أمّا وإن البت يتم آليا لصالح الضرر الاجتماعي باعتباره أكثر جسامة، ففيه تسرع يؤدي إلى الدعوة لتفحص الموازنة بعين ثاقبة بصيرة، وبتروّ رصين يحتاجه ضرر الجوار.

ويبقى القضاء مختلفا في سقوط الدعوى بمرور الزمن، لخضوعها حسب البعض إلى أجل خمسة عشر عاما، في حين يغلب اتجاه ينفي سقوط الدعوى نظرا لتواصل الكدر والنيل من راحة الجار، ليبقى القيام بالدعوى مفتوحا.

570 Demogue, Traité des obligations, Notions fondamentales, 1923, p.469. « Ne vaut-il pas mieux tolérer une industrie utile au point de vue de la richesse générale, quitte à indemniser en argent ceux qui souffrent trop ? ».

571 Carbonnier, Droit civil, n°58, p.200 « propriété oisive ». Egalement, M.Remond-Gouilloud, op.cit.p.95. « La première mesure convenable en présence d'un trouble consiste, pour commencer, à le faire cesser. Mais cette vue est le plus souvent utopique. Face aux conséquences économiques et sociales qu'engendrerait le trouble, un accommo-dement s'impose : l'usine ne sera pas fermée, ni l'autoroute déplacée».

## الفقرة الرابعة: درجات الخطإ

### أ ــ ضبط درجات الخطإ

يرتبط هذا الترتيب بنظرية تدرّج الخطإ التي تضبط أنواعا مختلفة، قد يكون صنف منها ضروريا لترتيب المسؤولية المدنية.

**143.** الخطأ يتراوح بين الخطإ القصدي أو التغرير وبين الخطإ اليسير. الخطإ القصدي تعرض له الفصل 82 م إ ع، ويرمي من يقترفه إلى أن يلحق الضرر بالغير، وتتجه إرادته نحو ذلك فضلا عن إتيان الفعل نفسه، ويسمّى أيضا تغريرا. ويرتبط في المادّة التعاقدية بتنفيذ العقد، ويقوم على سوء نيّة المدين، أي امتناعه الصّريح عن تنفيذ التزامه، حتى وإن لم يقصد إلحاق الضّرر بمعاقده. بينما لا يتوفر التغرير في المسؤولية التقصيرية إذا ما انتفت نية المسؤول في إلحاق الضّرر بالغير.

**144.** الخطأ الجسيم[572] هو" الخطأ الفظّ الغليظ الذي لا يرتكبه أكثر الناس إهمالا أو غباوة، بصرف النظر عن كونه مقصودا أو غير مقصود، متعمدا أو غير متعمد. وفاعل هذا الخطأ لم يرد إيقاع الضرر، ولا رفض تنفيذ العقد، ولكنه تبدّى في سلوكه، وكأنه أراد ذلك"[573]. ونجد الخطأ الفاحش الذي يرتكبه فاعله بدون قصد، ولكن تصرفه يتّسم بإهمال خطير يجعله وكأنه من فرط ذلك الإهمال يقصد الضّرر، والحال أنّه لا يبتغيه ولا يروم تحقيقه[574]، وهو خطأ لا يقترفه ربّ الأسرة الصّالح. وكان للقضاء تعريف مماثل

[572] "الخطأ الجسيم هو الخطأ الفاحش الذي لا يقع فيه من يهتّم بعمله اهتماما عاديا لا يشمل في مداه الخطأ في التقدير أو في استخلاص النتائج القانونية الصحيحة". محكمة النقض السورية قرار في 02 جوان 1965، مجموعة القواعد القانونية للهيئة العامة ص. 51. قرار مذكور عن وحيد الدين سوار مصادر الالتزام. ج. 2، ف. 783، ص.111.

[573] وحيد الدين سوار مصادر الالتزام. ج. 2، ف. 727، ص. 60.

[574] Carbonnier, Droit civil, Les obligations, n° 72.



لمصطلح الخطإ الفاحش، تطبيقا للفصل الثامن لمعاهدة هامبورغ[575]. ويلتقي الخطأ غير المغتفر مع الخطإ الفادح من زاوية الآثار، ويفترقان لأن افتراض تنبه المدين إليها مفقود في الخطإ الفادح أو الجسيم[576].

**145.** والخطأ الفاحش يضاهي التغرير وله نفس الآثار"[577] وتجنبا لادعاء مقترف العمد الغباء، تهربا من عاقبة فعله، ذهب الشراح منذ عهد القانون الروماني إلى إلحاق الخطأ الجسيم بالخطأ العمد في الحكم، ثم بسط هذا المبدأ، فيما بعد على المسؤولية التقصيرية"[578].

أمّا الخطأ اليسير فهو الذي يقترفه حتى الإنسان الذكي.

[575] تعقيبي عدد 4988.2006 مؤرخ في 4 جانفي2007، غير منشور: حيث ان قاعدة تحديد المسؤولية الواردة بالفصل 147 من م ت ب أو بالفصل 6 من اتفاقية همبورغ لم ترد على اطلاقها، وقد وضع التشريع الداخلي والاتفاقيات الدولية حالات يفقد فيها الناقل البحري التمتع بتحديد المسؤولية، إذ جاء بالفقرة الأولى من الفصل 8 من اتفاقية همبورغ ما نصه "لا يحق للناقل الاستفادة من تحديد المسؤولية المنصوص عليها في المادة 6 إذا أثبت أن الهلاك أو التلف أو التأخير في التسليم قد نتج عن فعل أو تقصير من الناقل ارتكبه بقصد التسبب في هذا الهلاك أو التأخير ارتكب عن استهتار وعلم باحتمال ان ينتج عنه هذا الهلاك أو التلف أو التأخير.
وحيث يستروح من هذا النص أن الناقل البحري يسقط حقه في تحديد المسؤولية في صورة ثبوت خطئه أو خطأ وكلائه كمقاول الشحن والترصيف العمدي والفادح. والخطأ الفادح قد عرّفه فقه القضاء الفرنسي بأنه "الخطأ الذي يبلغ من الجسامة حدا غير عادي، وينجم عن فعل أو ترك إرادي، بكيفية كان من المفروض أن يخامر الفاعل الخطر فيه وذلك مع انعدام أية دواع تبرر هذا الخطأ الذي تنعدم فيه نية الاضرار بما يميّزه عن الخطأ العمدي الذي يجب توافرها فيه".

[576] Ph. Le Tourneau, La responsabilité civile professionnelle, Economica, 2005, p. 13.
فإن المشرع تحاشيا منه لتشبيه الخطأ الجسيم بالخطأ العمد، يتطلب أحيانا الخطأ غير المغتفر. ويقصد به "الخطأ العمد الذي ينطوي على الشعور باحتمال الضرر، وتقبله بطيش، دون مسوّغ معقول". وحيد الدين سوار، المصدر السابق.

[577] La faute lourde est équipollente au dol.

[578] وحيد الدين سوار، نفس المصدر.

## ب ــ الفوائد من درجات الخطأ

**146.** هناك عديد الفوائد التي ترتبط بالحديث عن درجات الخطأ. فبالنسبة لتقدير الخطأ، يقدر اليسير منه وفق معيار مجسّم يأخذ في الاعتبار خصوصيات المسؤول.

أمّا التعويض، فإنه يتأثر هو الآخر بدرجة الخطأ، فصيغة الفصل 107 م إ ع تربط التعويض بدرجة الخطأ من كونه تغريرا أو خطأ. وهذا من بقايا تأثر المسؤولية المدنية بالمسؤولية الجزائية. ونجد نفس الحكم أيضا بالفصل 278 م إ ع. إلاّ أن القضاء قطع الصلة بين التعويض كوظيفة أساسية في المسؤولية المدنية وبين مظاهر العقاب الخاص الذي يحمل في ذاكرته العقوبة الجزائية[579]. وفي تطبيق للفصل 107 م ا ع، حققت محكمة التعقيب[580] الأخذ بدرجة الخطإ في تقدير غرم الضرر، وألزمت محكمة الأصل" عند تقديرها لذلك الضرر أن تدخل في اعتبارها جسامة الخطأ الصادر عن المسؤول و أن تراعي ما إذا كان الضرر ناجما خطإ عادي معقول بحسب الحالات أم بفعل متعمد أو خطإ جسيم و فادح من المسؤول عند حدوثه". وعليها أن "تحكم بتعويض عن قيمة الضرر الفعلي إذا كان التعويض مرهقا للمدين وذلك إعمالا لقواعد العدل والإنصاف". وتتحدث المحكمة عن مزج بين العنصر الموضوعي وآخر ذاتي في تقدير الضرر [581]، مستأنسة بالقانون المقارن وبالتحديد بالمادة 44 من قانون الالتزامات

[579] تعقيبي جزائي عدد 24603 المورخ في 01 مارس 2008، ن. ج، ص.259. لا يعتد بجسامة الخطإ الذي أفضى إلى الضرر لأن التعويض ليس عقوبة جزائية، ولا يمكن أن تكون جسامة الخطإ في نهاية الأمر هي المحددة في تقدير التعويض تعقيبي جزائي.

[580] عدد 39222 في 23 سبتمبر 2010، غير منشور، سابق الذكر.

[581] جرت العادة على اعتماد العنصر الموضوعي بتقدير قيمة الضرر... إلا أن الفصل 107 م. ا. ع، يبيح صراحة اعتماد شخصية المدين وحاله المادي وقدراته على أداء الغرم بالرجوع في كل ذلك إلى جسامة الخطإ الذي ارتكبه وتقدير حسن نيته او تعمده في إلحاق الضرر الذي الحقه تغريرا وعن سوء نية.



السويسري الذي ينص أنه " إذا لم يكن الضرر ناشئا من جراء فعل عمد أو خطإ جسيم أو إهمال بالغ فللقاضي أن ينقص التعويض عدالة... . ويتميز هذا القانون بقاعدة الفصل 43 من مجلة الالتزامات السويسري التي لاتكتفي بإرهاق المدين، لتطلق يد القاضي في تقدير غرم الضرر بما يلائمه مع ملابسات النزاع[582].

وبالنسبة للمسؤولية التعاقدية، يبطل الفصل 244 م إ ع البنود المحدّدة للمسؤولية أو المعفية منها إذا كان الخطأ قصديا أو فاحشا، ويرسي حينها مبدأ التعويض الكامل[583]. كما أن الخطأ القصدي لا يمكن التأمين عن أبعاده وفق مجلة التأمين التي دخلت حيز النفاذ في 1 جانفي لسنة 1993، والصادرة بمقتضى القانون المؤرخ في 9 مارس 1992.

إذا كان الخطأ يسيرا وصدر عن موظف عمومي، فإنه يرتب مسؤولية الدّولة طبقا للفصل 85 م ا ع. أمّا إذا كان الخطأ حال مباشرته قصديا أو فاحشا فإن مسؤولية الموظف هي التي تترتب ولا تطالب الدولة بالتعويض[584]. ويدأب القضاء على وصف خطإ الموظف بأنّه يسير حتى يمكن من الحصول على تعويض من الدولة.

وفي القانون التجاري، ينص الفصل 296 من المجلة التجارية أن دفع الكمبيالة عند الحلول يبرئ الذمة، ويستثني من هذه القاعدة وجود التدليس أو

[582] P. Engel, Traité des obligations en droit suisse, ed. Ides et Calendes, Neuchatel, 1973, chap. p. 345idem. chap. p. 345.

[583] F. Mahjoub, Le Code des obligations et des contrats face aux règles internationales de la responsabilité civile en matière de pollution par hydrocarbures, RTD. 2008, p.475, sp. 488.

[584] تعقيبي مدني عدد 36471، في 14 ديسمبر 1992 ، ن. ص. 545.

الخطإ الفاحش[585]، كأن لا تسترد الكمبيالة بعد الأداء لتنتقل بالتظهير إلى حامل حسن النية.

وفي فواجع الشغل، ينتفي التعويض إذا كان الحادث بسبب خطإ عمدي من العامل. ويربط قانون فيفري 1994 لفواجع الشغل التعويض بدرجة الخطإ. كما أن مجلة الشغل بدورها تمكّن المؤجر في الفصل 23 من فسخ العلاقة الشغلية، إن صدرت هفوة جدّية أو خطأ فادح من الأجير، دون أن يكون هذا الفسخ سببا للتعويض عن قطع تعسّفي للشغل.

**147.** والفائدة النظرية الواضحة هو اعتماد تدرج الخطإ[586]. فالقانون التونسي لم يهمل التدرج إلى درجات الخطأ، خلافا للقانون الفرنسي[587] الذي يعد من مصادره، والذي اكتفى بالفصلين 1382 و1383 من م ا ع. ولفت الانتباه تعرض الفصل 85 إلى وضع نظام لمسؤولية الموظف، غيرمماثل لما خصصه للعدول، إذ تنضوي مؤاخذتهم تحت طائلة أحكام عقد المقاولة، في حين أنها تقصيرية في القضاء الفرنسي، مما حدا بالفقيه Le Tourneau إلى التلميح برأيه في إنشاء نظام خاص بالمسؤولية المهنية[588]، وهو موقف كان قد دافع عنه سابقا[589]. والواقع أن هذا الموقف الشخصي لم يرد متواترا لدى الفقه الفرنسي. وقد ارتآه، بناء على نفيـــه مفهوم المسؤولية التعاقدية،

585 Y.Knani, Droit commercial. Les effets de commerce. Le chèque. Le virement et la carte bancaire. 3ème éd.CPU.n°171, p.187 s. et les définitions doctrinales proposées pour la faute lourde, p. 188.
P. Bonassies, et Ch. Scapel, Traité de droit maritime, L.G.D.J. DELTA, 2006, n° 1114, p. 717. sur la modernité du chapitre du C.O.C., relatif à la responsabilité délictuelle.

586 محمد الزين، العقد، ف.365، ص.295.

587 Viney et Jourdain, Les conditions, n°596.

588 Ph. Le Tourneau, De la modernité du chapitre…préc. p.428.

589 Ph. Le Tourneau : Autonomie de la responsabilité professionnelle, Economica, 2005.



فوسمها بأنها مسؤولية زائفة. وقد نادى باستقلالية المسؤولية الصناعية، لوفرة خصوصيتها، وتوضح معاليمها، وما ينفرد به نظامها من خلال الأخطاء المهنية، وتضخم الالتزامات المرتبطة بواجب الإرشاد والسلامة ومبدإ الحيطة.

ولا يعد الصناعي نقيض المستهلك، رغم ورود المفردين في الاصطلاح القانوني، ووجود نظام خاص بالمستهلك، وفقدان ما يماثله للشق الآخر. ولعزل الخطوط العريضة لصورة الصناعي، عدد Le Tourneau[590] معايير لصيقة بها، ومن بينها الاعتياد على ممارسة التوزيع والإنتاج والمضاربة على الخدمات بشكل متكرر، وتنظيم النشاط بطريقة مهنية ومتميزة تحقق الأرباح وتجنب الغير المخاطر.

**148.** وتقوم أحكام الفصول 82 – 92 م ا ع إلى تعداد حالات خاصة لهذه المسؤولية، فتلتقي أصلا ومنهجا مع تطبيقات الخطأ، ولكنها تمتاز باعتماد نظام قائم على الأخطاء الفادحة[591] والجسيمة وغير المغتفرة. الفصل 88 م إ ع لا يرتّب المسؤولية بالنسبة للمخبر إلا عند وجود خطإ فاحش أو فادح. ونجد نفس الحكم في الفصل 89 م إ ع، فهو لا يرتّب مسؤولية المستشار أو المشير إلا عند وجود خطإ قصدي، أو عند وجود **الخطإ الثقيل**. وتغري هذه الأحكام بتلطيف مسؤولية الصناعي لإتاحة الفرصة له لكي يزاول عمله بحرية وطمأنينة وثقة[592].

**149.** غير أن التفرقة بين الخطأ المهني والخطأ العادي لم تعد أمرا مسلما. وذلك لأنه فضلا عن عدم وجود معيار دقيق للتفرقة بينهما، فإن

590 Ph. Le Tourneau, et alii, Droit de la responsabilité , préc.n° 3646, p. 978.

591 L. Josserand, Renaissance de la faute lourde sous le signe de la profession, D. H., Chr. p. 29.

592 وحيد الدين سوار، ف. 726، ص.107.

القوانين المهنية الخاصة ربطت المسؤولية المدنية باقتراف أخطاء صناعية. ولم يبد من استقراء القضاء أنه اشترط خطأ فادحا، بل إنه انبرى ليقبل بنظام يلتقي بالخطإ العادي.

**150.** ويشهد على ذلك ما انتهى إليه القضاء في خصوص مسؤولية المحامي التقصيرية[593]. فقد نص الفصل 35 من قانون مهنة المحاماة عدد 37 لسنة 1989 المؤرخ في 7 سبتمبر 1989 " أن المحامي مسؤول طبقا لأحكام هذا القانون وغيره من القوانين فيما يرتكبه من أخطاء صناعية". و بقيت صيغته متطابقة مع صيغة الفصل 45 من المرسوم عدد 79-2011 المؤرخ في 23 أوت 2011 المتعلق بتنظيم مهنة المحاماة. وقد أوكل القانون للمحامي صفة المحررفي بعض أنواع العقود، كالتي تتعلق ببيع الأصل التجاري طبقا للفص 189 من المجلة التجارية، مع التزامات إضافية في الإرشاد. وجرّ الإخلال بها إلى المساءلة المدنية للمحامي. فهل طفت نظرية تدرج الخطإ لدى القضاء، ليشترط الخطأ الجسيم؟ لا نجد ما يؤيد هذا الاتجاه لدى القضاء، وهو ما يؤدي إلى عدم التفرقة بين خطإ جسيم وخطإ يسير. ويبدو التشدد القضائي سبيلا إلى قلب الخطإ اليسير خطأ جسيما عند صدوره من الصناعي. "فاختيار المشتري لمحام عالم بأطوار المبيع لتحرير عقد البيع أمر لمقصود في ذاته، لذلك ينبغي أن تكون النوائل على قدر النوايا فليس يغتفر لمحترف خبير ما قد يأتيه المتطفل الغرير"[594]. ويلتقي خطأ المحامي في بعض القرارات، مع

[593] مبدأ الخيار مكن من ربط هذه المسؤولية بالنظام التعاقدي. فالفصل 836 م. ا. ع. كيّف عمل المحامي كعقد مقاولة. واعتمدت محكمة التعقيب على تقسيم التزامات المحامي بين التزام ببذل عناية و أخرى بتحقيق نتيجة، تبعا لدرجة الحزم التي يدين بها لحريفه، مشترطة في الصنف الأول ثبوت الخطإ الجسيم أو الفاحش: تعقيبي مدني عـ2007-12258ـدد في 15نوفمبر2007، غير منشور. وطبقت أيضا أحكام عقد الوكالة: تعقيبي مدني عدد7386، في 9 نوفمبر 2006، غير منشور.

[594] تعقيبي مدني 22206 مؤرخ في 26 جوان 2006، غير منشور.



مخالفة الالتزام الصناعي، ليصبح الفصل 35 السند البديهي للمسؤولية[595]. ويؤشر هذا على تطابق بين الخطأ العادي والخطأ المهني[596].

## المبحث الثاني : الخطأ في المسؤولية التعاقدية

**151.** اتجاهات حديثة نفت وجود المسؤولية التعاقدية، لان المسؤولية تقوم على التعويض. وهذا لا يتوفر إلا في المسؤولية التقصيرية. أمّا في التعاقدية فان التعويض ليس سوى شكل من أشكال تنفيذ الالتزام بما يعادله exécution par équivalent. والواقع أن دور التعويض في الإطار التعاقدي يختلف عنه في المسؤولية التقصيرية. فإذا كان محققا فيها فانه مفقود في المسؤولية التعاقدية، ويكون دفع الغرامات في الحقيقة تنفيذا مماثلا للعقد. ولكن عديد الفقهاء نفوا هذا الانتقاد وأبقوا على التفرقة التقليدية، مؤكدين على وجود المسؤولية التعاقدية وقيامها، كلما كان هناك إخلال بالتزام تعاقدي.

المسؤولية التعاقدية مصطلح غير دقيق: هذا ما صدع به بعض الفقهاء الذي ذهبوا حتى نفي وجود هذا المصطلح أصلا. ولم يبق الخوض في المسألة من خلافات الفكر. فالحاجة إلى تمحيص حجج من يناصره ومن يردّه أيضا أكيدة، لما لها من أثر على نظام المسؤولية المدنية، دون التفات إلى آثار المطارحة الفكرية من جانبها النظري.

[595] تعقيبي عدد 45703 مؤرخ في 01 أفريل 2010: "وحيث ولئن نص الفصل 35 من القانون عدد 37 لسنة 1989 المؤرخ في 7 سبتمبر 1989 على أن المحامي مسؤول فيما يرتكبه من أخطاء صناعية، فهو لم يحدد مناط تلك المسؤولية وترك ذلك للقوانين الخاصة والتي من بينها الفصل 189 مكرر من م. ت سند القيام والتي نصت فقرته الأخيرة على أن "كل شخص تضررت حقوقه من مخالفة الأحكام الواردة بهذا الفصل الحق في القيام على محرر العقد بدعوى في غرم الضرر".

[596] ويترسخ هذا الاتجاه في مسؤولية الصيرفي التقصيرية، إذ أكدت محكمة التعقيب أن " من واجب البنك الحفاظ على أموال حرفائه وعلى مصالحه بصفة عامة باعتباره حرفيا ومهنيا، وكل تقصير منه ينجرّ عنه قيام مسؤولية تجاه حرفائه" قرار تعقيبي مدني عدد 983 مؤرخ في 26 ماي 2005، ن، ص.193؛ حمادي الراند، مسؤولية الصيرفي، سابقة الذكر.

ثم إن هناك قضية أخرى ترتبط بأركان المسؤولية التعاقدية وبالتحديد بالفعل المشروع. فهل تقوم بالخطأ التعاقدي أو بعدم التنفيذ(I) ؟ وبتجاوز هذا النقاش، تفاعلت المسؤولية التعاقدية مع تصنيف الالتزامات بين التزامات ببذل عناية وتحقيق نتيجة(II).

## I – قيام المسؤولية التعاقدية بين الخطأ وعدم التنفيذ

### أ– المسؤولية التعاقدية والخطأ

152. لا تشذ المسؤولية التعاقدية عن أحكام المسؤولية المدنية، فلا تقوم تماما مثل التقصيرية إلا بالخطأ[597]. وفي مجلة الالتزامات والعقود ما يؤسس انتماء التشريع المدني لدينا إلى هذه النظرية. بما أنه يحوي نصا أساسيا يعد حجر الزاوية في المسؤولية التعاقدية، إذ جاء بالفصل 277 م ا ع "أن عدم الوفاء بالعقود أو المماطلة فيها يوجبان القيام بالخسارة... ولو لم يتعمد الدين ذلك". ويرى الأستاذ محمد الزين أن هذا النص "يشترط ضمنيا توفر ركن الخطأ رغم عدم إشارته له بصفة صريحة، ومما يؤيد هذا التفسير تعرض المشرع عند تنظيمه للعديد من العقود المسماة إلى مفهوم الخطإ العقدي وخاصة إلى الأفعال المكوّنة له والتي قد ينجرّ عنها إلزام المدين بضمان الخسارة"[598]. ولكن هذا الفصل، وذلك الرأي الفقهي الثاقب يصبحان منصة إطلاق لنقاش نظري

[597] يعتبر هذا الرأي امتدادا للموقف الذي يبوّئ المسؤولية التقصيرية مركزا النظام العام للمسؤولية، وإذ تقوم في الرؤية الذاتية على الخطأ، فإن النظام التعاقدي فيه لا يشذ عنها، بوصفه فرعا تابعا لأصله أو نظاما خاصا يتبع العام.
Marty et Raynaud, Les obligations, Sirey, 2ème éd. 1985, n° 415, p. 442.

[598] محمد الزين، العقد، ف. 354، ص. 286، ويضيف في الهامش عدد 13 من نفس الفقرة ص. 287: "وما من شك في أن الفصل 278 م. ا. ع. المتعلق بتحديد الخسارة الناتجة عن عدم الوفاء وبكيفية تقديرها، يكشف صراحة عن اتجاه المشرع في هذا الخصوص، وذلك بتنصيصه على أنه على المجلس أن يقدر الخسارة ويجعل فيها تفاوتا بحسب خطأ المدين أو تدليسه".



عميق، مداره معرفة ما إن كان عدم التنفيذ لونا من ألوان طيف الخطأ التعاقدي، أو أنه مفهوم له صورة خاصة وتصوّر مميز[599]؟

وسنلقي بالقانون التونسي في هذا الخضم، فتوجّب حينئذ عرض النقاش العام في المسألة، قبل عرضه من خلال النصوص في مجلة الالتزامات والعقود.

153. لا يعقل أن تخرج المسؤولية التعاقدية عن المسؤولية التقصيرية في أسسها وقيامها. لأن المسؤولية ذات بنية واحدة، وقطعة نقدية تحتل فيها المسؤولية التقصيرية وجها والتعاقدية الوجه المقابل[600].

ونلمس نفس الجهد الفقهي في تعريف الخطأ، ويتفرق إلى اتجاه يولي اهتمامه بالسلوك الذاتي للمدين[601]، وآخر بالمقارنة الموضوعية مع التصرف العادي[602]، في حين ينتهي آخر إلى الجمع بين الأمرين[603] .

[599] Marianne Faure- Abbad, Le fait générateur de la responsabilité contractuelle : contribution à la théorie de l'inexécution du contrat – L.G.D.J. n° 170, p. 140. s.

[600] ولا تتعارض مع ثنائية المسؤولية وانقسامها إلى تعاقدية وتقصيرية، مع ما ينجر عن ذلك من مبادئ عدم الجمع.
G.Durry, responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, dualité ou unité ? Resp. civ. et ass. Juin 2001, p.20.

[601] ومن ذلك ما أورده.
Brèthe de la Gressaye : La théorie de la faute en droit privé, th. L.G.D.J, 1948, p.199. La faute est un acte imputable à une volonté libre et éclairée, volonté qui peut être soit malintentionnée, soit simplement imprudente.

[602] R .Savatier, Traité de la responsabilité civile en droit français, T1, 2ème éd. 1951, n°.4 : La faute est l'inexécution d'un devoir que l'agent pouvait connaître et observer.
حول هذه التعريفات
M.Faure-Abbad, opcit. n°. 171, p.144.s.

[603] H.Capitant, Vocabulaire juridique : La faute est un acte d'omission constituant un manquement intentionnel ou non intentionnel soit à une obligation contractuelle, soit à une prescription légale, soit au devoir

ولا ينقشع هذا التعقيد مع ما يشفعه من اختلاف في المادّة التعاقدية[604]، رغما عن تأثير تيار أسس وحدة الخطإ في المسؤولية المدنية [605]خاصة باعتماد تعريف بلانيول الذي ورد في معرض الحديث عن المسؤولية التقصيرية[606]. وأدى إلى نقاش فقهي مماثل، لاسيما مع أولئك الذين رجحوا معيار الانحراف عن السلوك العادي، كما ذهب إليه مازو وتنك[607]، عوضا عن عنصر اللامشروعية في الخطأ[608].

---

qui incombe à l'homme de se comporter avec diligence et loyauté dans ses rapports avec ses semblables. Labbé, R.C. 1870, p.109 : "La faute est un manquement à la prudence, à l'attention, à la vigilance que l'homme doit supporter dans sa conduite".

604 كانت الأرضية موحدة بين الخطأين التقصيري والتعاقدي، لأن الانحراف عن السلوك المعتاد هو المعيار الحاوي لتعريف الخطأ. وبذلك فإن عدم التنفيذ يعد تجسيما لسلوك غير عادي يتأسس عليه الخطأ.

Constantinesco, Inexécution et faute contractuelle en droit comparé. (France, Allemagne, Royaume Uni), Université de La Sarre, 1980, n°111, p. 207. M. Faure-Abbad, op.cit. n°179, p.152.

حول اندماج المسؤولية الجزائية مع المدنية بما فيها التعاقدية

J.Aubin, Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle, Th. Bordeaux, 1897, p.22.

حول عدم وصول القانون الروماني إلى تصور خطإ تعاقدي مستقل ومنعزل عن غيره من الأخطاء.

J.L. Gazzaniga, notes sur l'histoire de la faute, in la fin de la faute, Droits 1987, p.17.s.

605 وانحدر خاصة مع بلانيول ومن ورثه من الفقهاء

D. Tallon, Pourquoi parler de faute contractuelle, Mélanges Cornu, p.432 : C'est avec Planiol et sa descendance intellectuelle que l'on trouve une construction d'ensemble, une conception unitaire de responsabilité civile

606 La faute est un manquement à une obligation préexistante dont la loi ordonne la réparation(…) L'obligation violée par l'acte appelée « faute » peut être indifféremment une obligation légale ou une obligation conventionnelle. Les uns comme les autres donnent à la faute l'occasion de produire, mais leur différence d'origine reste sans influence sur la nature de la faute.

607 Mazeaud et Tunc,Traité de la responsabilité, n°389 ; Marty et Raynaud, Les obligations, n°400.

608 حول النقاش واختلاف الآراء



154. ويبقى الخطأ في المسؤولية التعاقدية، عند العديد من الفقهاء[609]، أساسا لا بديل عنه، تماما كما هو الشأن في المسؤولية التقصيرية، لأن رب الأسرة الصالح لا يخرق التزاما تعاقديا ولا التزاما قانونيا يرتب المسؤولية التقصيرية[610]. ويعتبر عدم التنفيذ فعلا غير مشروع، يولّد المسؤولية التعاقدية وينبثق عنه واجب التعويض[611]. إلا أن الترادف بين الخطأ التعاقدي وعدم التنفيذ لم يقنع شقا فقهيا آخر، شجب الربط الآلي بين المفهومين في النظام القانوني الذي شهد الاقتران بينهما[612]، ليبني المسؤولية التعاقدية على أساس التنفيذ أو عدم التنفيذ، كفعل غير مشروع يرتب تلك المسؤولية[613].

## ب ـ المسؤولية التعاقدية والتنفيذ

155. تنعتق المسؤولية التعاقدية عن اشتراط الخطأ، وتقوم بدونه، وذلك عندما لا ينفذ المدين ما التزم به. ولا يستوي الأمران. فعدم التنفيذ يعني

---

M.Faure-Abbad, préc. n° 195, p.164s.

609 Ch. Radé, L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile, D.1998, chr, p.301.

610 Cl. Ophele, faute délictuelle et faute contractuelle, in La responsabilité pour faute, resp.civ.et ass.p.21,n°12s.

611 الذي يعوض الالتزام التعاقدي وفق نظرية التجديد La novation

H.J.Mazeaud, Chabas, Les cours de droit civil, t2, vol I, Les obligations, 9ème éd.n°376 « La responsabilité contractuelle est source d'obligation, tout autant que la responsabilité délictuelle.Sans doute une obligation liait déjà l'auteur du dommage et la victime ; mais l'obligation dont il s'agit est une obligation différente qui remplace la première ».

حول نقد الموقف

M.Faure-Abbad, préc. n°276, p.231 ; n°276, p.238.

612 L.Segur, La notion de faute contractuelle en droit civil français, étude jurisprudentielle, Th. Bordeaux 1954,p.10.; M. Chaffai, La demeure du débiteur dans l'exécution du contrat en droit civil, th. Tunis, 1984

613. M.Faure-Abbad, préc,n° 276, p.239 : « Il faut donc ramener la faute contractuelle à l'inexécution d'une obligation contractuelle pour la considérer comme une simple condition fondamentale de mise en œuvre des remèdes contractuels ».

الاختلال بين ما وعد به المدين promis وما حصل عليه الدائن accompli ، والمقارنة بينهما [614]، دون إصدار حكم تقييمي لسلوك المدين. فيكفي ان ينسب له عدم التنفيذ حتى تتم مؤاخذته تعاقديا[615]. ولكن القوة القاهرة تمنع من نسبة عدم التنفيذ إلى المدين، ولا تعني غياب الخطأ كما أكد ذلك من رادف بين الأمرين[616]، بل تعد من زاوية مفهوم عدم التنفيذ "كل فعل أجنبي عن نشاط المدين لايمكن الدائن من ترقب مشروع انطلاقا من محتوى العقد."[617]

وينتج عن هذا التصور الجديد سقوط التاج عن هامة التفرقة الشهيرة بين الالتزام ببذل العناية والالتزام بتحقيق نتيجة. وتشهد الفويرقات المبنية على قبول الالتزام المدعم ببذل عناية والالتزام المضعف بتحقيق نتيجة، على اعتماد التنفيذ في ترتيب المسؤولية وتقديرما وعد به المدين. وينتج عنه أيضا صرف النظر عن تدرج الخطأ، والتطرق إلى الأخطاء الموصوفة بنقد مرجعيته التقليدية والمرتبطة بالخطأ لتقترن بأوشاج أخرى، أوشاج مصطلح التنفيذ. فالخطأ الفاحش هو إخلال بالغاية التعاقدية وتعريض للدائن إلى مخاطر غير عادية في التنفيذ[618]، والتغرير في العقد لا يرتكز على البعد النفسي لسلوك المتعاقد وسعيه الواعي إلى إلحاق الضرر بالمدين، بل يكفي لقيامه أن يعدل المدين قصدا عن تنفيذ التزاماته[619]. ومعيار التعريف يستلهم من السلوك الموضوعي في

614 M.Faure-Abbad, préc. n°277, p.240.

615 Cl. Ophele,art.préc.n°181, p.81. « Cette condition de l'imputabilité doit être comprise comme l'inexécution rattachable à l'activité du débiteur ».

616 Mazeaud et Tunc, Traité théorique et pratique de la responsabilité, n°664, p.741. Frossard, La distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat, Th. Lyon 1962, n°37, p.22.

617 H.Aubry, th.n°415, « Le créancier ne pouvant pas légitimement espérer que le débiteur surmonte un évènement imprévisible et irrésistible ».

618 M.Faure-Abbad, préc. n° 316, p.263.

619 وهو موقف القضاء الفرنسي

Civ.4 fév.1969, JCP 1969 II 16030 note Prieur.



التنفيذ[620] أو من اختلاف جسيم بين ما وعد به المدين وما تولى تحقيقه[621]، وهو ارتباط بالتنفيذ وبعناصر موضوعية في العقد[622].

والواقع أن هذه الرؤية لم تبق على موقف "جامد" للمسؤولية التعاقدية التقليدية. فهي فجّرت نسبيا أنواع الجزاء المسلط على العقد عند الإخلال به، فتراوحت بين تنفيذ مماثل أو مسؤولية أو فسخ ...

**156**. ولكنها باعتماد التنفيذ، كفعل مولد للمسؤولية، لم تصل إلى مرحلة بلورة شاملة لهذا المصطلح. ذلك أن مفهوم الخطأ ألقى بظلاله عليه، فدق التمييز في بعض الأحيان بين الخطأ وعدم التنفيذ[623]. وتداخل المصطلحان في التطبيق[624]. والنتيجة الأهم، أنها وضعت على بساط النقاش مصطلح "المسؤولية التعاقدية". فرغم ما لقه طويلا من استقرارفي المعنى جعل منه مصطلحا لا يشوب وضوحه ريب أو شك، تدرج الأمر إلى وضع المسؤولية التعاقدية موضع اللبس. بل نفى البعض أصلا المصطلح من أساسه. فقد تعالت أقلام في القانون المقارن تشكك في مصالح المسؤولية التعاقدية، بل تنفيها قطعا. وخصصت لها وظيفة حصرية، تخرج عن التعويض، لتنكمش في التنفيذ المساوي أو المعادل exécution par équivalent .

620 M.Faure-Abbad, n°326 : « Dans son acception objective, elle s'entend de l'inexécution d'une obligation essentielle. Com. 2 déc.1997, Défrénois 1998, p.342, obs. Mazeaud ; JCP 1998, I, 144, obs.Viney.

621 La différence entre le promis et l'accompli: Civ.1ère, 22 nov 1978, J.C.P. 1979, II 19139, note Viney.

622 Ophèle, préc. n°26.

623 يشهد القضاء الفرنسي الأخير على العودة إلى سلوك المدين لوصف الخطأ الثقيل، فقد تخلى في حيثية ظاهرة عن ربطه بالعناصر الموضوعية للعقد، ليؤسسه على سلوك المدين.

624 Ophèle, n°29, p.83.

**157.** وقد يبدو النقاش أجنبيا عن الفقه التونسي ليبقى المصطلح، مصطلح المسؤولية التعاقدية قائما في دلالته التقليدية. فالتطرق إلى التعويض وغرم الضرر في نصوص متقاربة الترتيب(277 و278 م ا ع)، مع آثار الالتزام، لا تترك شكا في القبول بالمفهوم وبنظامه[625]. ولكن هذا النقاش لا يبقى غريبا عن النظام التونسي. إذ أن المجلة الفرنسية تبنت نفس التخطيط و ذات التبويب، ولم يمنع هذا بعض الفقهاء من الإصداع بزيف مفهوم المسؤولية التعاقدية[626].

**158.** فقد انطلق طرح التصور الثنائي للمسؤولية من تبويب المجلة المدنية الفرنسية، ليستخلص أصحاب هذا الرأي أن وظيفة غرم الضرر في المسؤولية التقصيرية يختلف تماما عن دوره في المسؤولية التعاقدية، حيث ينقلب إلى وسيلة تنفيذ معادل للالتزامات ومجانس لها، دون أن يرقى لأي دور تعويضي. فقد ورد نظام غرم الضرر التعاقدي في الفصول 1146 و1155 من المجلة المدنية الفرنسية، في نفس الباب الثالث من العنوان الثالث المتعلق بآثار الالتزام. واستنتج الفقهاء من ذلك أن المسؤولية التعاقدية لا تنفصل عن تنفيذ العقد، أما المسؤولية التقصيرية فتبقى لوحدها مصدرا للالتزام وتنفرد بوظيفة التعويض. ويردّ أنصار هذا الموقف الخلط الناجم عن مصطلح المسؤولية

---

625 حول النقاش والقاربة بين النظام التونسي و الفرنسي
Salma Abid Mnif, L'option entre la responsabilité contractuelle et délictuelle: comparaison franco-tunisienne, th.ParisI, Fac. Droit de Sfax, 2011.

626 Ph. Le Tourneau, et alii, Droit de la responsabilité civile.., Dalloz, 2010/2011, n°6, p.4.; P. Remy, « *La responsabilité contractuelle, histoire d'un faux concept* », art. précité ; « *Critique du système français de responsabilité civile* », Droit et culture 1996, p. 31; D. Tallon, « *Pourquoi parler d'une faute contractuelle ?* », in Mélanges G. Cornu, P.U.F.1994, p.429 ; « *L'inexécution du contrat, pour une autre présentation* », R. T. D. Civ. 1994, p. 223.



التعاقدية، إلى تأثير فقه بلانيول، لما خاض فيها، ليؤكد أنه عند عدم التنفيذ. يتجدد الالتزام، فيفقد غرم الضرر علاقته بالتنفيذ ليتكتسب دورا تعويضيا. وانبثق عن رأيه توحيد للمسؤولية، فهي تقوم تقصيريا أو تعاقديا على حد السواء، عند الإخلال بالتزام سابق. ولذلك فإن تبلور مصطلح المسؤولية التعاقدية خطأ جاء وليد هذه المحطة التاريخية.

**159.** ولم تعوز الحجج أنصار بقاء المسؤولية التعاقدية في هذه المطارحة[627]، وقارعوا مستندات خصومهم جميعها.

فالقول بأن بلانيول هو من حول غرم الضرر التعاقدي من وظيفة التنفيذ إلى نظيرتها في التعويض، مردود لأن بوتياي ودوما كانا يقران بالصبغة التعويضية لغرم الضرر التعاقدي، مع اعتبارها أيضا من آثار العقد. ثم إن مفهوم التنفيذ المعادل لم يرد أصلا لا في المجلة المدنية الفرنسية، ولا في مجلة الالتزامات والعقود. وحتى لو تم الاستشهاد بالأنظمة التي دمجت في بعض نصوصها أحكام المسؤوليتين[628]، لتفطن الملاحظ إلى أنها أبقت الفوارق بينهما. فمجلة الالتزامات السويسرية نصت على أن الأحكام المتعلقة بالمسؤولية والأفعال غير المشروعة تنطبق بالقياس على المسؤولية

---

627 C. Larroumet, « Pour la responsabilité contractuelle », Mél. Catala 2001,p. 543 ; G. Viney, « La responsabilité contracontractuelle en question », in Le contrat à la fin du XX siècle, Etudes en l'honneur de J. Ghestin, L.G.D.J. 2001, p. 291 ; G. Durry, « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle:dualité ou unité ? », Resp. civ. et ass. 2001, n° hors série, p. 20 ; P. Ancel, « La responsabilité contractuelle », in Les concepts français à l'heure des principes du droit européen des contrats, Dalloz, 2003, actes du colloque organisé les 30 et 31 janvier 2003 par l'institut Charles Dumoulin de la Faculté Jean Monnet, Paris XI, 2003, p. 243 et s.

628 Salma Abid Mnif, th. préc.

التعاقدية[629]، ولم تغب مع ذلك الفوارق بينهما[630] . كما أن مجلة الكيباك الصادرة سنة 1994 دمجت أحكام المسؤوليتين في قسم يتعلق بالالتزامات القانونية بتعويض الضرر، لتضع بعد ذلك أحكاما خاصة بكلتيهما، تزيل الانطباع الأول بانصهارهما[631]. ولما ألزم منكرو المسؤولية التعاقدية الدائن بطلب التنفيذ المعادل، والاعتماد على المسؤولية التقصيرية إن كان عدم التنفيذ مسببا لضرر ما، أثار المنادون باستقلالية المسؤولية التعاقدية فقدان معيار دقيق يفصل بين المرحلتين، وتوارد دعوتين تتعلقان بعدم التنفيذ التعاقدي[632]، مما يزيد هذا التصورتشعبا[633].

## II – الإلتزام ببذل عناية وتحقيق نتيجة[634]

**160.** الالتزام التعاقدي يصنف بين الاتزام بعمل، والالتزام بالامتناع عن عمل، والالتزام بإعطاء. ونجد هذا التبويب في م.إ.ع (الفصل 273 وما بعده ). وهناك تقسيم آخر قدمه الفقهاء ولاقى قبولا لدى القضاء [635]، وهو قائم

[629] l'article 99, al3 du Code des obligations suisse énonce que « les règles relatives à la responsabilité dérivant d'actes illicites s'appliquent par analogie aux effets de la faute contractuelle ».

[630] لأن المسؤولية التعاقدية تخضع لأحكام الفصل 97 من مجلة الالتزامات، في حين أن المسؤولية التقصيرية تخضع للفصل 41 منها.
P. Engel, Traité des obligations en droit suisse. Dispositions générales du Code des obligations, 2ème éd. Berne 1997.

[631] L. Baudouin et P. Deslauriers, La responsabilité civile, 6ème éd.: Yvon Blais 2000.

[632] C. Larroumet, *op. cit.*, n° 2, p. 544.

[633] G. Viney, *op. cit.*, n°15, p. 936.

[634] محمد الزين دروس في القانون المدني، الطبعة الثالثة، فقرة 356، و ما يليها، ص,287 و ما تليها.

[635] ولم يمنع هذا أن يطالب اتجاه فقهي بالتخلي عن هذا التقسيم لشدة تعقيده.
Ph. Le Tourneau, Pour une refonte du droit de la responsabilité civile, in Colloque sur L'actualité de la responsabilité civile, n° spécial, A.J. n° 17, 2004, p.187, sp.192; Bellissent, Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat, Préf. Cabrillac, L.G.D.J, 2001.



على تفرقة بين الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة obligation de moyens /obligation de résultat. هذه التفرقة لها أبعاد هامة في المسؤولية التعاقدية. فعندما يكون الالتزام بتحقيق نتيجة، فان مجرد عدم التنفيذ يقوم كقرينة على المسؤولية التعاقدية، وهي قرينة بسيطة يمكن دحضها، وللمدين ان يتفصى بأن يثبت السبب الأجنبي (القوة القاهرة ،الأمر الطارئ أو فعل الدائن ). أمّا إذا كان الالتزام ببذل عناية، فان المسؤولية لا تقوم إلا عندما يثبت الدائن خطأ المدين[636]. وسندرس نشأة التفرقة **(فقرة أولى)**، ثم معاييرها**(فقرة ثانية)**.

## الفقرة الأولى: نشـــأة التفرقـــة

هذه التفرقة موجودة في القانون الروماني والفقه الإسلامي. وسوف نتناول نشأتها من محاولة فقهية للتوفيق بين نصوص تشريعية متعارضة، لاقت صيتا ورواجا لدى القضاء (ب).

### أ ـ التفرقة من خلال النصوص

161. تحتوي المجلة المدنية الفرنسية على نصين يتعارضان في صيغتهما الظاهرة، ويرتبطان بالمسؤولية التعاقدية، وهما الفصلان 1137 و1147. الفصل 1137 ينص على "أن الالتزام بالمحافظة على شيء سواء كان اتفاقا لمصلحة أحد الطرفين أو لمصلحتهما معا يوجب على المدين أن يبذل عناية الشخص المعتاد ". هذا النص لا يرتب إذن المسؤولية التعاقدية إلا عندما يثبت الدائن خطأ المدين أمّا الفصل 1147 فينص "يحكم على المدين بالتعويضات عند عدم التنفيذ أو التأخير ما لم يثبت أن عدم التنفيذ أو التأخير

[636] محمد الزين ، مصدر سابق الذكر، فقرة 357، ص.289.

يرجع إلى سبب أجنبي غير منسوب إليه". التناقض يتضح من محتوى الفصل 1137 الذي يشترط إثبات خطأ المدين لقيام مسؤوليته في حين أن الفصل 1147 يكتفي بعدم التنفيذ أو مجرد التأخير لترتيب المسؤولية، دون حاجة لإثبات الخطأ كما هو الشأن في الفصل 1137.

للخروج من هذا التناقض حاول الفقيه Demogue أن يقدم تفسيرا توفيقيا بين الفصلين، فاعتبر أن الفصل 1137 يتطرق إلى الالتزام ببذل عناية، أمّا الفصل 1147 فيرتبط بالالتزام بتحقيق نتيجة. وكان الباعث على هذا التفسير بالنسبة لديموج التأكيد على أن المسؤولية التقصيرية شبيهة بالمسؤولية التعاقدية. فهي تقوم على وجود الخطأ والضرر والعلاقة السببية. ولكن الإثبات يبقى مختلفا فيها بحسب نوعية الالتزام، فإذا كان من صنف تحقيق نتيجة يكتفي الدائن بإثبات عدم التنفيذ أو التأخير فقط. أمّا إذا كان من صنف بذل عناية فانه يطالب بإثبات الخطأ. ونجد نفس الصيغة ونفس الأشكال في المجلة المدنية المصرية في الفصلين 211 و215، ولا نجد نفس الصيغة في م ا ع، ولكن الفصل 277 يتعارض هو الآخر مع الفصل 282. فالفصل 277 ينشئ الالتزام ببذل عناية ويشترط إثبات الخطأ. أمّا الثاني، فانه يعفي المدين من التعويض إذا اثبت سببا لا ينسب إليه منعه من الوفاء، كالقوة القاهرة أو الأمر الطارئ. وهو نص يرتبط بالالتزام بتحقيق نتيجة . وقد وجد القضاء في التفرقة أداة طيعة في ترتيب المسؤولية التعاقدية.

### ب ـ التطبيقات القضائية للتفرقة

**162.** قبل القضاء هذا التقسيم وطبقه في العقود التي ترتبط بسلامة الدائن. فالالتزام بالسلامة إما أن يكون التزاما بتحقيق نتيجة أو التزاما ببذل عناية. ففي عقد النقل، اعتبر القضاء الفرنسي أن الناقل ملزم بإيصال المسافر



إلى المحطة سليما معافى. واعتبر ذلك التزاما بتحقيق نتيجة. فتكون إصابة المسافر قبل النزول مرتبة لمسؤولية الناقل دون أن يتحمل المسافر عبء إثبات الخطأ. وللناقل أن يتفصّى إذا أثبت وجود القوة القاهرة أو الأمر الطارئ أو فعل الغير أو فعل المدين[637]. ونجد هذا الحكم في الفصل 653 من المجلة التجارية، وكان سندا لعديد القرارت[638].

**163.** ثم تم تطبيق هذا التقسيم في عقد الطب الذي يربط الطبيب بالمريض. فرأى فقه القضاء ان التزام الطبيب بعلاج المريض هو التزام ببذل عناية، فعليه ان يبذل ما في استطاعته من جهد ويقظة وفق ما اهتدى إليه الطب والعلم لشفاء المريض، ولا يلزم بتحقيق نتيجة معينة تتمثل في الشفاء. فالطبيب يوفي بالتزامه بغض النظر عن النتيجة أي حصول الشفاء أو عدمه، ولا يكون مسؤولا بمجرد عدم الشفاء، أو تعكر حالة المريض أو حتى وفاته، إلا إذا تم إثبات الخطأ من جانبه[639].

**164.** نفس هذا الموقف تبناه القضاء التونسي في قرار استئنافي غير منشور، جاء فيه: "حيث وان اتفق الفقهاء على أن التزام الطبيب إزاء المريض هو التزام ببذل عناية ولا بتحقيق نتيجة، ودرج على ذلك فقه القضاء، إلا أنه يتعين على الطبيب إثبات بذل جميع جهوده وأقصى عنايته لفحص المريض قصد اكتشاف مرضه، وأنه استعمل كل ما في وسعه لشفائه واتخذ كل احتياط لتجنب الخطر." أكد هذا القرار ان التزام الطبيب التزام ببذل عناية. ولكنه لم يستخلص كل المسلمات المنطقية المنجرة على هذا التصنيف. فهو لم يحمّل

[637] Civ. 21 nov. 1911. D. P. 1913, p. 249 avec la note Sarrut.

[638] وقد دعمها القضاء بالفصل الثاني من قرار وزير النقل والمواصلات المنطبق حينها والمؤرخ في 1979.9.28. دوائر مجتمعة في 31 ماي 2001، قرارات الدوائر المجتمعة 2000-2001، ص.375.

[639] Civ. 20 mai 1936, D.1936, I, 88 note Josserand.

المريض عبء إثبات الخطأ لترتيب مسؤولية الطبيب، بل ألزم الطبيب بإثبات فقدان الخطأ من جانبه وبذله المستطاع في العلاج. وهو يضع عليه التزاما مثقلا ببذل عناية[640].

وقد يكون الأمر شبه بديهي بالنسبة لهذين العقدين. ولا يمنع ذلك تشعب الأمر في عقود يعسر فيها تصنيف الالتزامات بين التزامات ببذل عناية و أخرى بتحقيق نتيجة.

### الفقرة الثانية: معايير التفرقة

**165.** كيف يمكن التمييز بين الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة؟[641] يتم التصنيف من خلال معايير فقهية فيها جدوى وفائدة من هذه الناحية، على عكس ما رآه البعض[642]. واجتهد الفقه في تقديم معايير لذلك[643]. وقد أرست كذلك المبادئ العامة لأحكام العقود التجارية Principes unidroits الصادرة بروما سنة 1994 في الفصل 5 معايير تفرقة، تكمن في الاستناد إلى درجة الاحتمال في تنفيذ العقد، أو معيار الدور السلبي والدور الإيجابي للأطراف، وكذلك محتوى العقد، والأنصاف.

#### أ ـ معيار الاحتمال Le critère de l'aléa

166. إذا كان التزام المدين مشوبا بالاحتمال، فان التزامه يكون ببذل عناية. ويبقى الاستشهاد في هذا المقام بالمسؤولية الطبية بديهيا.

---

640 Obligation de moyens renforcée.

641 محمد الزين ، مصدر سابق الذكر، فقرة359، ص. 290.

642 Sur la discussion, Viney et Jourdain, n° 526s. p. 443.

643 A.Tunc, La distinction entre obligation de prudence et obligation de diligence, J.C.P., 1945, 84 ; Viney, note. J.C.P. 1975, n°18179; Frossard, La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat, L.G.D.J.1965, n°20.s.





**167.** يستخلص من رأي الفقيه المغربي أحمد ادريويش[644] أن مجلة الالتزامات والعقود تعرضت للمسؤولية الطبية في معرض تنظيمها لأحكام الإجارة على الصنع. ويستمد سندا لرأيه من مشروع "سانتيانا" المتأثر بالفقه الإسلامي، والقانونين المدنيين الألماني والسويسري. وهي الموارد المباشرة التي استقى منها الفصل 954 من المشروع مادة الفصل 829 م ا ع. ويتجلى تأثير الفقه الإسلامي في إقحامه لمسؤولية الطبيب في نظام عقد الإجارة[645]. ويتناغم هذا التكييف القانوني في الفقه الإسلامي[646] مع المرتبة الإجتماعية لمهنة الطبيب[647]. ويبقى هذا المصدر المادي أكثر حضورا من القانون الألماني والسويسري. ولذلك فقد ارتبط به محتوى المجلة، وتخضع مسؤولية الأطباء فيها تبعا لذلك إلى مسؤولية الصناع. وكان القانون الفرنسي أقرب إلى هذا الاتجاه عند وضع المشروع، إلا أنه جانبه بعد ذلك، لما ألحق المسؤولية الطبية بالمسؤولية التقصيرية في مرحلة زمنية امتدت إلى بداية القرن العشرين. فتطرقت مجلة الالتزامات والعقود، شأنها شأن الظهير المغربي، وعلى خلاف المجلات العربية والسورية الأردنية، إلى مسؤولية الطبيب في معرض عقد الإجارة. ومع الإقرار بشمولية التحليل عند الكاتب، بفضل استلهامه من موارد النص والمراجع التاريخية والاجتماعية، فإن فقه القضاء لم يسر على هداه ولم

---

644 مسؤولية الأطباء المدنية بالمغرب، محاولة في تأصيل فقه القضاء واجتهاد الفقه، تقديم د. أحمد شكري السباعي، سلسلة الرسائل والأطروحات الجامعية، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، 1989.

645 يعتبر الفقه الاسلامي العلاقة بين الطبيب والمريض قائمة في إطار عقد الإجارة. الاطروحة سابقة الذكر، ص. 74 وتكون جعلا إذا كانت النتجية مطلوبة والإجارة والجعل عقدان موضوعهما المنفعة من صنعة الطبيب مقابل أجر معلوم. ويبقى الوصف كلما كان محل العقد عملا أما إذا كان عينا فانه يكون ثراء.

646 حول عرض أحكام الفقهية للمسالة، نفس المصدر، ص. 80 وما تليها.

647 حلل الكاتب تلك المرتبة الاجتماعية معتمدا على ما ورد في مقدمة ابن خلدون. الاطروحة، ص. 76، والهوامش العديدة.

يقتف اثر خطاه[648]، وتبنى وصفا قانونيا مغايرا لعقد تطبيب خاص خاضع لتصنيف الإلتزامات ببذل عناية أو تحقيق نتيجة.

**168.** فالطبيب مطالب ببذل ما في وسعه لتحقيق الشفاء حتى وان لم يكن ملزما بالوصول إلى ذلك، لأنه لا يسأل عن البرء ولو كانت نية المريض متجهة لذلك. ويتناسق هذا الالتزام مع أحكام الفصل 31 المدرج بالعنوان الثاني "واجبات الأطباء نحو المرضى" من الأمر عدد 1155 لسنة 1993 المؤرخ في 17 ماي 1993 المتعلق بمجلة واجبات الطبيب. فقد نص أنه "يتعين على الطبيب أن يعتني غاية الاعتناء بتشخيص المرض وعند الاقتضاء الاستعانة بقدر الاستطاعة بأنير النصائح وأنجع الطرق العلمية الملائمة". فالشفاء لا يرتبط سببيا مع تدخل الطبيب، لأنه رهين عدة عوامل أخرى، مثل تفاعل جسم المريض، ومدى مواظبته على الدواء، وتطور حالته. وهو تطور لا يجزم العلم فيه بحقيقة ثابتة، ويختلف من شخص الى آخر. ويبقى الشفاء والموت مسألة قضاء وقدر. ونظرا لوجود هذا الاحتمال، فان التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية، وعلى المريض أن يثبت الخطأ أي انحراف الطبيب عن أصول الطب[649]، " وما تقتضيه الأصول العلمية الحديثة باستعمال وسائل ومعدات

---

648 تعقيب 17 جويلية 1987، م. ق. 1960 عدد 9 و10، ص. 179. وبالنسبة للقضاء المغربي محكمة الاستئناف بالرباط 29 جانفي 1946 ، G.T.M عدد 976، س. 1946 .

649 تعقيبي عدد 16638 المؤرخ في 3 ماي 2002، غير منشور. الذي رفض الطعن ضد القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بصفاقس تحت عدد 4046 في 31 جانفي 2002، غير منشور أيضا. وقد أكد أن مسؤولية الطبيب تجاه حريفه إنما هي مسؤولية تعاقدية أساسها الالتزام ببذل العناية والجهد واليقظة التي تتفق والظروف والمعطيات العلمية الثابتة بهدف شفاء مريض وتحسين حاله. كذلك تعقيبي عدد 22273 المؤرخ في 28 جانفي 2003، غير منشور ... ان الرابطة التي تقوم بين الطبيب والمريض، إنما تنبني في واقع الحال على الإرادة المشتركة التي تفضي إلى عقد خاص، ويلتزم فيها الطبيب بذل العناية اللازمة لشفاء المريض مقابل أجرة، وبالتالي فإن أساس التعامل بين الطرفين هو أساس تعاقدي يتمثل في مداواة المستأنف ضدها طبقا للقواعد الفنية والطبية المتعارفة وأخذ كل الاحتياطات اللازمة لكي لا يحصل ضرر للمريض وعدم تعرضه لأي أذى. وان سوء التنفيذ من جراء التقصير والإخلال ببذل العناية اللازمة يرتب المسؤولية، وان هذه المسألة تسري على المسؤولية التعاقدية والتقصيرية على حد سواء. كذلك محمد الزين النظرية العامة



ناجعة، ودون الإخلال بواجباته المهنية أو تجاوز نطاق اختصاصه"[650]. وقد يسّر القضاء عبء الإثبات على الدائن المريض، فأكد القضاء حصول ذلك عند الإخلال ببعض الواجبات المهنية[651]، أو عندما لا يقدم الطبيب تفسيرا لتعكر حالة المريضة التي استجوبته في ذلك[652].

أمّا حدود الواجب الإنساني للطبيب في بذل الجهد للمعالجة، فيثير نقاشا أخلاقيا وايتيقيا، عندما يتحول إلى تهافت طبي، ينمّ على إصرار على المداواة، والحال أن الأمل في الشفاء أو التحسن مفقود، أو سبب في عاهات ثقيلة لا تتناسب مع حماس الطبيب في الإحاطة بالمريض وبالمبالغة في ذلك[653].

**169.** أعاد هذا المعيار مراجعة تصنيف التزامات الطبيب كلما كان تدخله منزوعا عن أية خطورة أو احتمال، كأن يتولى حقن المريض أو ينفذ تدخلا بسيطا، فيكون التزامه في هذه الوضعية التزاما بتحقيق نتيجة[654]. وقد

---

للالتزام العقد. الطبعة الثانية، الوفاء تونس، ف. 363. عامر بورورو، فقه قضاء مسؤولية الطبيب المدنية مقال في

La responsabilité médicale sous la direction de Amel Aouij, CPU et Ass.Tun. de Droit de la santé 2006.p.127.

650 تعقيب جزائي عدد 7435، في 25 جانفي 2006، ن.ج. ص. 233. حول الأخطاء الجزائية للطبيب، رضا خماخم، تطور المسؤولية الجزائية للطبيب من خلال فقه قضاء محكمة التعقيب، ملتقى نصف قرن من فقه القضاء الجزائي، مجمع الأطرش، 2011، ص. 257.

651 استئنافي عدد 289 مؤرخ في 23 مارس 1994،م.ق.ت.1994، ص.225.

652 قرار استئنافي عن تونس 26428 مؤرخ في8 جويلية 1996، م. ق. ت. لسنة 1998، عدد 11. ص. 239.

653 القانون الفرنسي يمنع عن الطبيب التهافت الطبي، ويمكنه من التخلي عن تقديم العلاج إذا كان يهدف إلى الإبقاء على الحياة بطريقة اصطناعية.

Art. R. 4127-37, I, Code de la santé publique : «…Il doit s'abstenir de toute obstination déraisonnable dans les investigations ou la thérapeutique et peut renoncer à entreprendre ou poursuivre des traitements qui apparaissent inutiles, disproportionnés ou qui n'ont d'autres objets ou effets que le maintien artificiel de la vie ».

654 تعقيبي مدني عدد 7234/2004 في 12 أفريل 2005، غير منشور: حيث أنه وطالما تعلق الأمر بتثبيت الأسنان فإن ذلك يصبح عملا فنيا يساوي التزاما بنتيجة.

ذهب القضاء الفرنسي الإداري إلى ذلك ليجعل التزام الطبيب التزاما بتحقيق نتيجة، كلما خلا من الاحتمال. أمّا القضاء العدلي الفرنسي فقد قبل بذلك في بعض مواقفه. فتحليل الدّم يرتب على عاتق المحلل التزاما بتحقيق نتيجة، كما أن نقل الدّم إلى المريض فيه التزام بالسّلامة obligation de sécurité من صنف الالتزام بتحقيق نتيجة، فلا يستطيع المحلل أو ناقل الدّم أن يتفصّى من هذه المسؤولية، حتى وإن ثبت أن التلوث بسبب جرثومة يستعصى على العلم أن يكتشفها زمن التحليل[655].

**170.** تدرج القضاء إلى نظام يثقل مسؤولية الطبيب. فقد أكد الفقه أن التزام الطبيب يجب أن يتطور مع تطور التقنيات الطبية وتطور العلوم الطبية. فتدرج الأمر إلى دقة تكاد تكون متناهية في تشخيص المرض والاستعانة في ذلك بوسائل الاكتشاف، لا يعذر الطبيب في عدم انتهاجها ليضبط تشخيصا دقيقا، فإن أغفل الأمر، كان إهماله مرتبا لمسؤوليته[656]. فلم يبق الطبيب فنانا في علاجه، كما هو الشأن في بداية القرن، لأن الطبّ قد أصبح الآن قائما على نوع من الهندسة الطبية. وحوّل هذا النهج تصنيف التزام الطبيب ونقله إلى صنف الالتزام بتحقيق نتيجة. وساعد على ذلك حرص قانون المسؤولية على التعويض للمريض، بوصفه متضرّرا في سلامته الجسدية خاصة وأن قانون التعويض يحرص على جبر أضرار المريض. وتعمّم التأمين الاختياري على النشاط الطبي، فوضع المتضرر أمام ذمّة مليئة.

[655] Civ 12 avril 1995, J.C.P.1995, 4ème partie, p.1486.

[656] تعقيبي مدني عدد 43259/44674 في 01 جويلية 2010، غير منشور، الذي اكد قيام مسؤولية طبيب مختص في التصوير بالأشعة لعدم تشخيصه مبكرا لسرطان في الثدي، ويكون "قد قصر في التحري لتشخيص المرض باستعمال جميع الوسائل التي يضعها العلم تحت تصرفه والتي تساعده عن الكشف عن حالة المريض مما أدى إلى الخطإ في قراءة الصورة التي أنجزها".



**171.** بدأ القضاء الفرنسي في التنحّي جزئيا عن الموقف التقليدي الذي أبقى على الالتزام ببذل عناية، فأخذت بعض المحاكم تحاول الاعتماد بشكل ضمني على التزام بتحقيق نتيجة لترتيب مسؤولية الطبيب. من ذلك أن القضاء اعتبر المسؤولية قائمة كلما أصاب الجراح أو الطبيب عضوا مجاورا[657]. وانتهى القضاء الفرنسي إلى اعتبار التزام الطبيب التزاما بتحقيق نتيجة عند الإصابات الجرثومية المستوصفية les infections nosocomiales، وهي إصابات تلحق بالمريض فتعكّر حالته عند إقامته بالعيادة أو بالمستشفى بسبب تدخّل جراحي. وقد بدأ القضاء الفرنسي في اعتبار وجود قرينة خطأ إذا كانت هذه الإصابة أثناء العملية سنة 1996، ثم انتهى إلى اعتبار الإصابات الجرثومية المستوصفية مرتبة لالتزام بتحقيق نتيجة على كاهل الطبيب الذي يستطيع أن يتفصّي بإثبات السبب الأجنبي. وهو أمر مستحيل، لأن من شروط السبب الأجنبي أن يكون خارجيا. ونظرا لأن الجراثيم لا تخرج عن العيادة أو المستشفى أو إرادة الطبيب، فإن التفصّي يصبح مستحيلا من الناحية العملية. ويبقى المريض مطالبا بإثبات الطبيعة المستوصفية للإصابة الجرثومية[658].

**172.** ويمكن فهم هذا التحوّل بالمقارنة مع قرار Mercier الذي شمل أيضا نفس نظام مسؤولية العيادة. في البداية، كانت مسؤولية العيادة تقوم أيضا على بذل العناية، ولكن القرارات في 29 جوان 1999[659]، وضعت عليها التزاما بتحقيق نتيجة في خصوص الإصابات الجرثومية. ويظهر كذلك تثقيل مسؤولية الطبيب في اعتبار وجود مسؤولية تعاقدية بتحقيق نتيجة عند استعمال شيء معيّن في التّدخل الطبّي وهي صنف من المسؤولية الشيئية .فالطبيب

[657] Civ 1ère 23 mai 2000, R.T.Dciv. 2000, les observations de P. Jourdain.
[658] Civ 27 Mai 2001, Droit et Patrimoine 2001, Juillet 2001, p.106.
[659] Civ. 1ère, 29 juin 1999, RTDciv.1999, p. 841, obs. Jourdain.

يجب أن يكون يقظا في كل ما يستعمله حتى يكون استخدام الآلات الطبية مثل المسبر وغيره منزوعا عن الأذى. ومن أمثلة ذلك الخزعة الكبدية La biopsie hépatique. فإذا تولى الطبيب القيام بها فأصيب المعي الأعلى Le colon فأدى ذلك إلى وفاة المريض فإن هذه الإصابة تؤشر على فقدان للدّقة في استعمال الآلة الطبية[660]، وتؤسس مسؤولية الجرّاح وتنهض قرينة على قلة التبصر لديه[661].

173. والمظهر الأخير في تثقيل مسؤولية الطبيب هو تحميله في مرحلة أولى لتبعات المخاطر الطبية غير المتوقعة التي لا ترتبط بأي خطإ طبّي. فإذا قام الطبيب بتدخل دون أي خطإ منه وظهرت بعد ذلك أعراض و مضاعفات لا علاقة لها به، قامت مسؤولية الطبيب على أساس المخاطر الطبية l'aléa thérapeutique. ولكن القضاء الفرنسي تراجع في مرحلة ثانية عن هذا الموقف، واعتبر أن الحادث الطبي لا يرتب مسؤولية الطبيب[662].

174. ودعت الحاجة إلى فرض ضابط بين الخطإ الطبي والمخاطر الطبية. ففقدان التبصر يلغي المخاطر الطبية، ولا حديث أيضا في

---

[660] أنشات بعض القرارات الفرنسية التزاما بتوخي الدقة على كاهل الجراح. بالنسبة لجراحة الأسنان civ.1ère. 9 oct.2001, resp.civ.ass.2001, comm. 371.

[661] Civ13 octobre 1999, J.C. P. 2000, n°10270, note Dorsner-Dolivet ; civ.1ère, 18 sept. 2008, RTDciv. 2009, p.123, obs.Jourdain.

[662] Civ. 8 novembre 2000, Petites Affiches (PA) 2000, p.27, R.T.Dciv. 2001, p.154 avec les observations de P. Jourdain ; civ.1ère. 22 nov.2007, J.C.P. 2008, 10069, note Copart, D.2008, 816, note Bacache.
وقد كان هذا القرار دعوة واضحة من القضاء الفرنسي ليتولى المشرع تبني نظام قانوني موضوعي يمكن من التعويض أليا للمريض المتعرض إلى الحادث الطبي وفعلا تمّ ذلك في قانون 4 مارس 2002. هذا القانون استبقى نظام الالتزام ببذل عناية في المسؤولية الطبية كأساس المسؤولية الطبية وحمّل المجموعة التعويض عن الحوادث الطبية كما أنه أبقى عموما على الالتزامات التي أنشأها القضاء.

Ch. Rade. Rev.ass.resp 2002, n°4, p.9.



المقابل عن فقدان التبصر عند وجود مخاطر طبية[663]. و لا تقبل المخاطر الطبية إلا عند فقدان الخطإ الطبي. فعندما يصيب الطبيب عضوا مجاورا، يرتكب خطأ قائما على مجانبة الاحتياط. أما إذا كانت المخاطر لصيقة بالتدخل الطبي، أو بحالة المريض، فإنها تنفي الخطأ الطبي. ومن ذلك أن الطبيب الجراح الذي يتولى درز العرقوب suture du tendon d'Achille، فيتضرر بمناسبة تدخله عصب الشظية le nerf tibial لا يطالب بالتعويض لفقدان الخطإ عند ذلك[664].

175. أمّا القانون التونسي فإنه قدم سمات واضحة في هجرة الصورة التقليدية للمسؤولية الطبية[665]. ومن إرهاصات تلك الهجرة تنحيه ضمنيا وحتى صراحة عن تصنيف التزام الطبيب في زمرة الإلتزام ببذل عناية واشتراط إثبات الخطإ في جانبه[666]. وخرج عن بوتقة ذلك النظام دلالة، بتخفيف عبء الإثبات واستخلاص الخطإ الطبي وخروج الطبيب عن أصول علمه من وجود الضرر، ليدمج المفهومين معا[667]، خاصة عند جسامة الضرر وعدم تناسبه مع

---

[663] Jourdain, obs. préc. RTDciv. 2009, p.123. Si la maladresse est exclusive du risque médical, de la même façon le risque médical exclut la maladresse fautive.

[664] Civ.1ère. 22 nov.2007, préc ; civ.1ère, 18 sept.2008, RTDciv. 2009, p.123, obs.Jourdain.

[665] N. Brahmi Zouaoui, L'évolution de la responsabilité du médecin, R.T.D.2005, p.107.

[666] يتميز القانون التونسي بقبوله لمبدإ الخيار بين المسؤوليتين التعاقدية والتقصيرية. انظر ما سبق ذكره حول مسألة الخيار والجمع في الفقرة 63. وفي المسؤولية الطبية صدى واضح لذلك. ولا تعوز الشواهد القضائية حول هذه النقطة. عامر بورورو فقه قضاء مسؤولية الطبيب المدنية، المقال السابق، ص.132 والمراجع القضائية العديدة.

[667] S. Jerbi, La responsabilité médicale : la fin de l'arythmie paroxystique, Mélanges Lapoyade-Deschamps, Presses universitaires de Bordeaux, 2003, p. 209.
تعقيبي عدد 63103 في 19 فيفري 1998مذكور من عامر بورورو المقال السابق، ص134. وجاء فيه أن واقعة الإهمال ينحصر فيها عدم تنفيذ الإلتزام ببذل العناية المطلوبة، فمتى[...] أثبت المتضرر الضرر الذي أصابه يكون قد اضطلع بما عليه من إثبات فاستحق التعويض.

النتائج المرتقبة من التدخل الطبي[668]. ولم يكتف القضاء بإقامة قرينة الخطأ، ولم يكتف بالخطإ الافتراضي، ليتبنى صرحا موضوعيا. فالاختلاف البيّن بين المخاطر المرتقبة من التدخل الجراحي وما أسفر عنه من أضرار جسيمة بسبب السهو عن تحديد موطن الحجر بالكلية، يرتب آليا مسؤولية الطبيب على أساس نظرية التبعة دون تعرض لقرينة الخطأ أصلا[669]. وهو تحول موضوعي ينأى عن الصورة المألوفة للمسؤولية الطبية. وانتقل الأساس أيضا إلى استعمال بعض الآليات الطبية، واستند القضاء فيها رغما عن إلماعه للإهمال والتقصير، إلى نظرية التبعة مجددا[670].

**176.** وقد قرن القضاء بين استعمال تقنيات طبية مستحدثة وتثقيل المسؤولية الطبية. فغالب القرارات أرست بوضوح التزاما بتحقيق السلامة. فالطبيب ضامن لما يطرأ على المريض من أذى عند الكشف باعتماد آلة طبية[671].

وهي مؤشرات عن بداية سير القضاء نحو تثقيل نظام مسؤولية الطبيب، فنراه قد ولى وجهه قبلة جديدة، وسلك دربا حديثا، تاركا وراءه الصورة المعهودة في تلك المسؤولية. وقد تمادى القضاء في ترتيب الالتزامات الطبية برؤية مستحدثة، لم ترد إلا منذ زمن قريب. فكان لمحكمة الاستئناف بتونس الفضل في عرضها وتدوينها[672] . هذا القرار تولى النظر في نظام المسؤولية الطبية. فعلاقة الطبيب مع المريض تعاقدية تولد نحوه التزامات تختلف بحسب

668 محكمة الإستئناف بتونس، قرار استئنافي عدد 95747 بتاريخ 4 جوان 2003، م.ق.ت. 2005 ص. ص. 53، تعليق بلحسن الخالدي( بالفرنسية).
669 قرار محكمة الاستئناف بالكاف عدد 861 مؤرخ في 25 ماي 2004، غير منشور.
670 تعقيبي مدني عدد 29551 مؤرخ في 3 ديسمبر 2002، غير منشور.
671 تعقيبي مدني عدد 69576 مؤرخ في 26 أكتوبر 1999، غير منشور.
672 قرار استئنافي في 29 أفريل 1998، المجلة التونسية للقانون 1999، ص. 201.



مضمون العقد . فهي التزامات ببذل عناية" إذ ما تعلق الأمر بالعلاج في حد ذاته، باعتبار عمل الطبيب يتضمن في هذا الخصوص دائما جانبا من الافتراض، ومن الحكمة ألا يقع تحميله تبعة هذا الجانب، وهو التزام بتحقيق نتيجة إذا ما تعلق الأمر بتشخيص المرض ومؤداه أن الطبيب لا يجب أن يعرض المريض لأي خطر متأت مما يستعمله من أدوات علاج وأجهزة، ومما يسلمه له من أدوية، وبالا ينقل إليه مرضا آخر نتيجة ما ينقله له من دم أو غير ذلك ." لم يعمم هذا القرار ــ على خلاف غيره[673] ــ نظاما واحدا لالتزامات الطبيب، وجزأها إلى فئة تخضع لنظام الخطإ وإثباته، وإلى أخرى لنظام موضوعي صرف. ويلتقي دون شك مع ما اتجه إليه القضاء من بلورة واضحة للالتزام بتحقيق نتيجة، كلما كان الكشف والتشخيص متوسلا لآليات تقنية حديثة. وفيه مزاوجة بين انتقال الطب من فن علاجي إلى هندسة صحية حديثة، وبين ضرورة تجسيم التزام بضمان السلامة. ولا تنحصر مناقب هذا القرار عند هذه العتبة، إذ يتعدى ما انتهى إليه فقه القضاء السابق ويدعو إلى استجلاء مطارحته في ضبط نطاق الالتزام بتحقيق نتيجة[674]. جاء القرار مجملا في تعليله، مقتصرا في صيغة موجزة على منع الطبيب عن تعكير حالة المريض. ودقق ذلك المنع في خصوص نقل الدم أو غير ذلك. ويثير منطقيا مسألة لم تطرح بوضوح على القضاء ولم تلاق ، ردحا من الزمن، ردا واضحا منه، تتعلق بالتعفنات المستوصفية les infections nosocomiales . وهي إصابات جرثومية تلحق المريض خاصة عند إقامته بالمستشفى أو بالعيادة بعد

673 من القرارات التي أرست نظاما شاملا لها وحشرتها في الالتزامات بتحقيق نتيجة لا يتفصى منها إلا بإثبات القوة القاهرة أو السبب الأجنبي. تعقيبي مدني عدد 34412/34413 في 14 ماي 1997، غيرمنشور، مذكور من عامر بورورو المصدر السابق. ص.135.
674 بالنسبة للإشكالات المطروحة من القرار، سامي الجربى، المقال سابق الذكر، ص.225.

تدخل جراحي، بسبب جراثيم اكتسبت مناعة ضد المضادات الحية[675]. ويستمد ضمنا من قرار محكمة الإستئناف بتونس أنها ترتب مسؤولية الطبيب او المصحة على أساس الإخلال بالتزام بتحقيق نتيجة. وهو حل محمود لما لهذه الإصابات من مضاعفات خطيرة وقاتلة أحيانا. ولا ترتبط ظاهريا بخطإ طبي – إلا عند اعتبار التعفن محققا لذلك–. ويكون إنشاء التزام بتحقيق نتيجة أوفى بحماية سلامة المريض و أقرب إلى حقيقة تلك التعفنات. فتقوم قرينة مسؤولية على الطبيب أو على المؤسسة الاستشفائية، دون أن يتحلل منها إلا بإثبات السبب الأجنبي، وهو إثبات مستحيل لفقدان عنصر الخروج في مثل تلك التعفنات الجرثومية[676]. وقد انتهى القضاء العدلي إلى بسط المسألة بكامل الوضوح [677]، مسبوقا في ذلك من القضاء الإداري [678].

---

[675] وزادها تفاقما تحول معادن الألات الطبية وضرورة تعقيمها بالمواد الكحولية. وبالنسبة للمستشفيات والعيادات التونسية، فإن الجرثومة الغالبة في مثل هذه الإصابات هي الكرويات العنقودية المذهبة، أما في فرنسا فهي الكرويات العنقودية البيضاء
Les staphilocoques dorés et les staphilocoques blancs.

[676] القضاء الفرنسي انتهى بعد مراحل متعددة إلى تخصيص التعفنات المستوصفية بطرح خاص وعلى اعتبار مسؤولية الطبيب والعيادة موضوعية تنشأ عن التزام بتحقيق نتيجة
Civ.29 juin 1999, préc.
وانتقل الحل في قانون 4 مارس 2002 إلى الفصل .L.1142-1,I, al2 . كما أنه أرسى السببية التناوبية إذ أنه في صورة الإصابة بعد الإقامة في مؤسستين استشفائيتين، تتحمل كلتاهما عبء إثبات فعل سلبي، بنفي العلاقة السببية بينها وبين التعفن، وهو حمل ثقيل مآله الفشل.
Civ. 1re. 17 juin 2010, D. 2010, note I. Gallmeister ; D. 2011, p.283, note C. Bonnin:" lorsque la preuve d'une infection nosocomiale est apportée, mais que celle-ci est susceptible d'avoir été contractée dans plusieurs établissements de santé, il appartient à chacun de ceux dont la responsabilité est recherchée d'établir qu'il n'est pas à l'origine de cette contamination".

[677] حكم مدني عدد 46473 صادر عن المحكمة الابتدائية بصفاقس في 28 ديسمبر2009: وحيث أن الالتزام بالسلامة المحمول على كاهل الهياكل الصحية وعلى خلاف التزام الطبيب المصنف بالأساس على أنه التزام ببذل عناية، هو التزام بتحقيق نتيجة، وقد كرس هذا التوجه فقه القضاء المقارن في العديد من القرارات، من ذلك قرار تعقيبي مدني عن محكمة التعقيب الفرنسية عـ1267ـدد صادر في 29 جوان 1999، إذ وقع تكريس المبدأ التالي:
وحيث يخلص مما سبق أن الالتزام بالسلامة هو التزام بتحقيق نتيجة، وحيث ينتج عن هذا التصنيف قيام قرينة مسؤولية محمولة على عاتق المصحة في قضية الحال لا تستطيع التفصي منها إلا بإثبات القوة القاهرة أو الأمر الطارئ، فإصابة المتوفى جرثوميا داخل الحضانة الموجودة بالمصحة يعد



**178**. ومن مظاهر تغير نظام المسؤولية ، قيام واجب أرساه القضاء على عاتق الطبيب يلزمه بإرشاد المريض، وتحمّل عبء إثبات قيامه بذلك، مهما كانت درجة المخاطر التي تحف بالتّدخل الطبّي. إلا أن الفصل 36 من مجلة الواجبات الطبية خوّل للطبيب كتمان التشخيص الذي تخشى منه نهاية حتمية قاتلة. ويستشف منه أن واجب الإعلام مندمج في القيم الانسانية التي تصطبغ بها المهنة الطبية. ومن التطبيقات التي أثارت هذا الواجب بوضوح

---

مبدئيا إخلالا بواجب السلامة المحمول عليها يحملها المسؤولية إلا متى اثبتت الأمر الأجنبي أو القوة القاهرة فيتم إعفاؤهما من المسؤولية.

[678] المحكمة الإدارية الدائرة الإستئنافية الثالثة عدد 22281 الصادر في 18 جوان 1999 : المكلف العام بنزاعات الدولة/ .محمد بن أحمد سمعلي: حيث ان المسؤولية المرفق الصحي في قضية الحال المحمولة على عاتق الإدارة والتي دأب فقه القضاء على اعتمادها كلما حصل للمريض ضرر فادح لا يتناسب مع السبب الذي من أجله تم إيواءه بالمؤسسة الصحية للعلاج.
وحيث ان مقارنة السبب الذي دخل من أجله المستأنف ضده لمستشفى عزيزة عثمانة والضرر الفادح الذي أصابه من شانه أن يجعل مبدئيا عبء المسؤولية ملقى على عاتق الإدارة ولا يمكنها التفصي منها إلا بإثبات وجود قوة قاهرة أو أمر طارئ أو خطأ ينسب للمتضرر بإسهامه في تسرب الجرثومية إلى جسمه.
وحيث أن قرينة الخطأ هذه المحمولة على المرفق الصحي تأيدت بجملة من المعطيات المأخوذة مما له أصل ثابت بالملف، منها ضآلة الضرر الأصلي الذي دخل من أجله المتضرر للعلاج والمتمثل في كسر بسيط بأعلى عظام الفخذ وذلك حسبما تؤكده تقارير الاختبارات الطبية المظروفة بالملف. كما أن التعفن الذي أصاب المستانف ضده مأتاه من جرثومة توجد عادة بالمستشفيات تسربت إلى بدنه عن طريق الجهاز البولي عند وضع المسبر بجسم المتضرر أثناء إقامته بالمستشفى عزيزة عثمانة وهو ما أجمع عليه الخبراء المنتدبون ولم يفنده المستأنف.
- المحكمة الإدارية غدد 39543 التام في 4 جويلية 2009 المكلف العام بنزاعات الدولة/ لطيفة الطرابلسي:
حيث استقر فقه القضاء هذه المحكمة على أن المسؤولية الطبية تقوم مبدئيا على الخطإ الثابت، غير انها توسس بصفة استثنائية على قرينة الخطإ وذلك كلما حصل للمريض ضرر فادح لا يتناسب مع السبب الذي دخل من اجله للمؤسسة الاستشفائية وهي الحالة التي يكون فيها البون شاسعا بين حالة المريض عند دخوله المستشفى وحالته عند مغادرتها. ولا تعفى الإدارة من المسؤولية إلا إذا أقامت الدليل على تسييرها للمرفق العمومي الصحّي تسييرا عاديّا وقيامها بكل ما يلزم لتفادي الضرر، أو إذا أثبتت أن الضرر مرده قوة قاهرة أو أمر طارئ أو خطأ المتضرر نفسه.
وحيث بالنظر إلى الأضرار الفادحة التي أصابت المعقب ضدها والتي لا تتناسب مع السبب الذي دخلت من أجله المستشفى وطالما لم تدل المعقبة بما يثبت تدهور الحالة الصحية للمعنية بالأمر قبل إخضاعها لعملية سحب السائل الرحمي، فإن إصابتها بالتعفن الجرثومي أثناء إقامتها بالمستشفى يعكس بالضرورة إخلالا في تسيير المرفق العمومي للصحة. فاضل المكور، مسؤولية الهياكل الطبية، ملتقى الذوات العمومية، سابق الذكر، ص.85، وخاصة ص.91. والمراجع المذكورة، هامش 26.

ودقة ما قضت به محكمة الاستئناف بتونس[679]. كانت الغاية من تدخل جراحي على مستوى الأذن بتر تورم نتج عن تعفن. وقرر الجراح قطع عصب الوجه مما أدّى إلى شلل نسبي بعضلة الوجنة. وكان الخيار ممكنا بين تعاطي مضادات حيّة ومضادات للالتهاب، أو الخضوع إلى التدخل الجراحي. وبإهماله إرشاد المريضة وللمخاطر التي تنتج عن العملية تترتب مسؤوليته لمخالفة واجب الإرشاد[680]. "فبتحليل الأمر من ناحية واجبات الطبيب المهنية، والتي ينجر عن الإخلال بها المسؤولية التقصيرية على مستوى إعلام المريض بالمخاطر التي يمكن أن تنجر عن التدخل الجراحي خاصة وقد أكد الحكيم ... بأن قطع الأعصاب أو مسها أمر وارد جدّا في تلك العمليات لدقتها"، ركنت المحكمة إلى توفر واجب الإعلام وواجب تنفيذه، "إذ من الممكن للمدعية اختيار تعاطي الأدوية كما كانت تفعل على أن تتعرض إلى الشلل الوجهي وآثاره السلبية على حياتها كافة".

179. هذا القرار يطرح إذن واجب الإرشاد امتدادا لما ذهب إليه فقه القضاء التونسي[681]. وقد طاب للقضاء أن ينتهج هذا الموقف مجددا. ففي قرار مؤرخ في 2006/6/8[682]، بينت ملابساته حقن مريضة بمادة يودية قصد تثبيت صور الكشف، فنتجت عن ذلك مضاعفات منها تورم قاتل في المخ. وقد رتب القضاء مسؤولية الطبيب لعدم « إعلام المريضة أو زوجها بمخاطر عملية التزريق بمادة "اليوباميرون"، والنتائج الوخيمة التي يمكن أن تحصل لها بعد

[679] الدائرة المدنية 22، قرار عدد 95747 مؤرخ في 4 جوان 2003، م. ق. ت. 2005، ص. 53، سابق الذكر.

[680] وهي مسؤولية تقصيرية لمخالفة الطبيب أصول المهنة، ولا غرو في ذلك، فالقانون التونسي يساند حق الخيار للمتضرر.

[681] Belkanani Faouzi, La faute dans la responsabilité civile du médecin, in Etudes juridiques, Sfax, 2003, p. 258. et les références.

[682] قضية عـــ 4844ـــدد محكمة الاستئناف بصفاقس، غير منشور.



الحقن، ويترك لهما حرية القرار فإما أن يختار التزريق مع ما ذلك من مخاطر يتحملانها أو العدول عنه وقبول المرض على أنه أهون وأقل خطورة من مضاعفات مادة "اليوباميرون" »[683]. ولم تساير محكمة التعقيب هذا الرأي على إطلاقه ونقضت القرار[684]. ولم تسقط واجب الإعلام من التزامات الطبيب، ولكنها قيدته بوجود مخاطر استثنائية قد تلحق بالمريض. ولا مناص من تدقيق هذا الشرط الوارد على واجب الإعلام. أفلا تكفي، كما بينت الوقائع، إمكانية تعرض المريض لمضاعفات قاتلة حتى يقوم ذلك الواجب، مع ما أناطته محكمة التعقيب من ربطه بالمخاطر الاستثنائية ؟ أم هو في نهاية المطاف تراجع لهذا الواجب وأفول للالتزام مستحدث لم يعمر طويلا؟ الرأي أن خاصية هذا القرار وانكبابه الأساسي على تحديد نوعية التزام الطبيب، والتيقن من غياب الخطإ في تدخله، حجب الخوض في النظام القانوني لذلك الواجب، دون أن ينصرف إلى ردّه أو نكرانه. فاستقطبت أحكام المسؤولية موقف القرار، وشجب الإقرار بوجود التزام بتحقيق نتيجة، ليرسي فيها الالتزام ببذل عناية كأساس جوهري. فأصبح مركز الالتزام بالارشاد ثانويا في النقاش، مغمورا من طبيعة التزام الطبيب، مطوقا من القضاء في الدائرة الضيقة للمخاطر الاستثنائية. ولكن محكمة التعقيب تراجعت عن هذه الصرامة في ضبط واجب الارشاد، لتجعل منه واجبا انسانيا مزدوجا مع الواجب العلمي الذي يتحمله الطبيب. ونتيجة لذلك

[683] وقد تحدث هذا القرار بوضوح عن التزام بالسلامة بتحقيق نتيجة، "فلا يمكن للطبيب ان يدفع عنه تلك المسؤولية إلا إذا أثبت أن الضرر حصل بسبب أمر طارئ أو قوة قاهرة أو بسبب من لحقه". ولا يخفى في حيثياته أيضا اقتباسه من قرار محكمة تونس لسنة 1998 المذكور سابقا من خلال ترتيب مسؤولية المصحة والطبيب الذي يباشر فيها معالجة المرضى حتى وان لم يكن تابعا لها، ومن خلال الالتزامات التي ضبطها على كاهله: "وحيث ان التزام الطبيب تجاه المريض هو التزام تعاقدي يستوجب منه احترام العقد الرابط بينهما واهم بنود ذلك العقد يتمثل في الحفاظ على سلامة المريض وضمان عدم الحاق أي ضرر بكامل بدنه وبجميع أعضاء جسمه ومن أهم واجباته هو واجب الإعلام أي إعلام المريض أو أهله بمخاطر ومخلفات وسائل العلاج والأدوية التي يقدمها للمريض حتى يبرء مسؤوليته من أي ضرر قد يحصل".

[684] تعقيبي مدني عدد 8807/2006 في 1 جانفي 2007، غير منشور.

فإنه يلتزم "بإعلام المريض بحالته والقرارات التي يراها ملائمة وبالتقنيات والأدوية والوسائل التي ينوي اعتمادها لتشخيص المرض ومداواته، كما عليه إشراك المريض في القرارات الخطيرة والاستعجالية، وبصفة أولى وأحرى عندما يتعلق الأمر بالحالات التي تكون فيها الخطورة محتملة، بقطع النظر عن نسبة الاحتمال..."[685]. وهو تحول ذو بال في التطرق إلى الإعلام، إذ تبلور في " تشارك" بين الطبيب والمريض كلما كانت الحالة الطبية تقتضي مباشرة سريعة وخطيرة، حتى وإن كان احتمال المضاعفة ضعيفا أو استثنائيا. ووفقا لهذا التدقيق، فإن مضمون الإعلام يجب أن يكون مشخصا وموضوع حوار دقيق مع المريض[686]. ويستقطب الجزاء الانتباه، لأنه يؤدي إلى تعويض كامل للضرر، دون تفرقة بين الفرضية التي يؤدي فيها الإرشاد إلى التخلي عن العلاج ورفضه، والتي يصر فيها المريض على مواصلة العلاج، دون أن يثنيه الخطر المحتمل عن الخضوع له كما ذهب إلى ذلك القضاء الفرنسي[687]، قبل

---

[685] تعقيبي مدني عدد 43259/44674 في 01 جويلية 2010، غير منشور، سابق الذكر. وتتشابه ملابساته نسبيا مع القرار عدد 8807، إذ تفيد تدخل الطبيب لتصوير أوعية المخ، فأصيب المريض بالمناسبة بشلل نصفي، في حين أن ملابسات القرار الأول قامت على تصوير ملون بالأشعة بمادة اليوباميرون أدت إلى تورم قاتل بالمخ. إلا أن موقف محكمة التعقيب متباين بينهما.

[686] F. Vialla, note sous CA Toulouse, 25 oct. 2010, D. 2011, p. 292, sp. 294.

[687] Cristina Corgas-Bernard, note sous Cass. 1ère civ., 6 déc. 2007, R.L.D.C. 2008, n° 50.
Cass. 1ère civ., 7 oct. 1998, n° 97-12.185, Bull. civ. I, n° 287, J.C.P.G. 1998, II, n° 10179, concl. Sainte-Rose J. ; *v.* dernièrement, Cass. 1ère civ., 7 déc. 2004, n° 02-10.957, Bull. Civ. I, n° 302 : « la violation d'une obligation d'information ne peut être sanctionnée qu'au titre de la perte de chance subie par le patient d'échapper par une décision peut-être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé et que le dommage correspond alors à une fraction des différents chefs de préjudice subis qui est déterminée en mesurant la chance perdue et ne peut être égale aux atteintes corporelles résultant de l'acte médical ». Dans les autres cas, certitude du refus ou, à l'opposé, évidence de l'acceptation de l'intervention médicale par le patient, on quitte le domaine de la perte de chance. Dans le premier cas, le patient peut



أن يتخلى عن هذه التفرقة، ليرتب جزاء آليا عن إهمال الطبيب إعلام المريض، مرده قرينة قاطعة على وجود الضرر، على أساس المسؤولية التقصيرية مجسمة في الفصل 1382 م. م. فرنسية، بعد ارتباط المسؤولية الطبية بقانون 4 مارس 2002[688].

**180.** ويتحمّل الطبيب عبء إثبات قيامه بالإرشاد[689]. وكان القضاء التونسي قد ربط الإثبات بما هو متعارف عليه، فلا يقبل الكتب إلا إذا كان العرف يقتضيه[690]. ولا يسأل حسب بعض الاتجاهات القضائية إذا أصرّ المريض على التدخل رغم جسامة المخاطر التي ترافق العملية[691].

---

prétendre à la réparation de son entier préjudice corporel (Cass. 1re civ., 11 févr. 1986, n° 84-10.845, J.C.P. G. 1987, II, n° 20775, note Dorsner-Dolivet A., Gaz. Pal. 1986, 1, p. 297, note Chabas F. ; adde Rapp. C. cass. 2000, Doc. fr., 2000, p. 387 ; Sargos P., L'actualité du droit de la responsabilité médicale dans la jurisprudence de la Cour de cassation, Dr. & patr. 2001, n° 92, p. 18 et s. CA Paris, 17 déc. 1993, Méd. & Droit 1995, n° 15, p. 14, note Pierre Ph. : indemnisation de l'entier préjudice, car la mère avait expressément fait part de son choix d'avorter en cas de rubéole). Dans le second cas, toute indemnisation est rejetée. Il n'y a pas de préjudice indemnisable (Cass. 1re civ., 20 juin 2000, n° 98-23.046, Bull. civ. I, n° 193 : les juges du fond ont apprécié souverainement qu'informé du risque, le patient n'aurait pas refusé l'intervention ayant entraîné le dommage de sorte qu'il ne justifiait d'aucun préjudice ; adde Cass. 1re civ., 13 nov. 2002, n° 01-00.377, Bull. civ. I, n° 265, R.T.D. Civ. 2003, p. 98, obs. Jourdain P.). La victime n'a en effet pas subi de préjudice, puisqu'elle aurait donné son assentiment à l'acte de soins, qu'elle ait été ou non informée.

[688] Civ. 1e, 3 juin 2010, D. 2011, p. 46, obs. O. Gout.

[689] CA Toulouse, 25 oct. 2010, préc.

[690] C.A. Tunis, 16 mars 1955, RTD 1955, n° 1, p. 90, note Percerou.

[691] F.Chabas. L'obligation médicale d'information en danger J. C.P 2000, p.1212.

القضاء الإداري أكثر دقة في بلورة هذا الواجب. فقد جعله من مقومات العمل الطبي[692]، كما يوحي بذلك القرار التعقيبي عدد 38643 المؤرخ في 31 ديسمبر 2007: "إن مباشرة الطبيب لمهامه يجب أن يتم في نطاق واجبه المتمثل في احترام الحرمة الجسدية للفرد والتي من مقوماتها إعلام المريض بحالته الراهنة وبسبل العلاج الممكنة والمخاطر المحتملة". وعرفت المحكمة مضمون الواجب، فألزمت الطبيب بأن يشرح للمريض "الوسائل وطرق العلاج والأعمال الطبية التي يعتزم الطبيب استعمالها حياله، وعلى علم بالمضاعفات والعواقب التي يحتمل حصولها بما يسمح له بالعزوف عن وسيلة العلاج المقترحة تجنبا للمخاطر المحتملة ويمنحه فرصة لإختيار ما هو متوفر من طرق العلاج الأخرى أو اللجوء إلى طبيب آخر"[693]. وعن أبعاد هذا الالتزام، "أضافت المحكمة ضمن نفس القرار التعقيبي أن إعلام المريض واحترام إرادته هو واجب محمول على الطبيب، وإذا كان قاصرا أو فاقدا لوعيه فعلى الطبيب البحث عن موافقة عائلته، عدا حالات الاستحالة أو الضرر المستعجلة "[694].

**181.** وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة الإدارية اعتبرت أن واجب الإعلام يشمل المخاطر الاستثنائية التي لا تقع إلا في حالات نادرة[695]، وقد اتبعت في ذلك موقف مجلس الدولة الفرنسي الذي لم يكن يوجب – في مرحلة أولى – الإعلام بتلك المخاطر، خوفا من التأثير سلبا على الحالة النفسية للمريض دون جدوى. وقد أكدت المحكمة الإدارية "أن الإعلام يجب أن يكون "مبسطا واضحا"، حتى لا يتحول إلى مجرد إعداد مطبوعات إدارية تشمل قائمة

692 فاضل المكور، مسؤولية الهياكل الطبية، ملتقى الذوات العمومية، سابق الذكر، ص.85، وخاصة ص.92.

693 نفس المصدر.

694 نفس المصدر.

695 الحكم الابتدائي الصادر بتاريخ 2 مارس 2007 في القضية عدد 1/12148. مجموعة قرارات المحكمة الإدارية 2009، ص. 55. كذلك ، 30 ديسمبر 2005، عدد 17526، غير منشور.



جميع المخاطر المحتملة مهما كانت استثنائية، قصد التفصي من المسؤولية، ذلك ان واجب الإعلام يتمثل أساسا في احترام المريض والتحدث إليه وطمأنته وإقناعه بجدوى التدخل الطبي أو الجراحي الذي سيجرى عليه"[696].

**182.** أما تثقيل الإلتزام عند نقل الدم وربطه مع تحقيق سلامة المريض، ففيه تطبيق لمعيار فقدان الإحتمال من جهة ، وتفاعل مع تلوث الدم بالسيدا، أو بالجراثيم المسببة للأمراض السرية، وإقرار بحماية مطلقة للمريض ضدها وضمان كل الأضرار الناجمة عنها. ويلتقي مع ما استقرت عليه مواقف القضاء الإداري[697].

**183.** ولكن الغموض يلقي بظلاله على المخاطر الطبية (aléa thérapeutique)، وهي مضاعفات تحدث بمناسبة المعالجة أو الإقامة الاستشفائية، دون أن ترتبط بأي خطأ طبي. ولذلك فإن الالتزام بالنظرة الذاتية للمسؤولية وضرورة إثبات الخطأ من المريض تؤدي إلى فشل التعويض عن تلك المخاطر، رغما عما تلحقه من تلف رهيب في بدن المريض. وقد تكون النزعة الموضوعية سبيلا إلى التعويض عن هذه المخاطر الطبية. ولكن القضاء العدلي بقي متنازعا بين اشتراط الخطأ لترتب مسؤولية الطبيب، لاعتبار أخلاقي، وبين استقطاب موضوعي لها، ضمانا لأضرار المريض. وعلى خلاف ذلك لم يلاق القضاء الإداري ترددا، فقد رتب مسؤولية الإدارة عند

696 فاضل المكور، مسؤولية الهياكل الطبية، مقال سابق الذكر، ص. 93.

697 W. Ferchichi, La contamination par le virus du sida devant le tribunal administratif, Etudes juridiques, 2003, p. 285.
عبد الرزاق بن خليفة مسؤولية المؤسسات الإستشفائية العمومية أمام المحكمة الإدارية in, La responsabilité médicale, sous la direction de Amel Aouij, CPU et Ass.Tun. de Droit de la santé, 2006. p.93. s..
قرارعدد 17552في 25 فيفري 2005 الملاخ ضد وزارة الصحة العمومية ومستشفى الحبيب ثامر ومستشفى الرابطة وشارل نيكول مذكور في المقال السابق، ص.116.

المخاطر الطبية[698]، وهو موقف معقول يجدر الأخذ به بسبب ما يلحق الجسم من تداعيات عند تعرضه لتلك المخاطر[699]، مع تعميم فعلي للتأمين في القطاع الطبي.

**184**. لم يتطور الطب تقنيا فقط. فقد تفرعت الاختصاصات وتعقدت، وبلغت العلوم الطبية شأوا مرموقا، فبلغت درجات كانت مغيّبة فيما مضى، وأصبح بالإمكان زرع الأعضاء ونقلها، وفصل التوأمين، فضلا عن برمجة بعض العمليات إعلاميا، والقيام بها من مراكز طبية مختلفة الأمكنة. وبذلك فقد أصبح التدخل الطبي عملا متظافرا وجماعيا. وبسطت من أجل ذلك قضية المسؤولية الطبية عن فعل الغير. فالجراحة تتم من الطبيب المختص ومن مبنج، والتوليد بعملية قيصرية يتبع هذا النمط. ولم يتبين القضاء في هذا الإطار أحكام المسؤولية عن فعل الغير. وقد أنشأ مفهوما جديدا هو مفهوم الفريق الطبي[700].

**185**. قدّم القضاء أيضا ، عندما رتب مسؤولية الأطبّاء، نظاما متوازنا للالتزامات المتبادلة بين العيادة والمريض، بالنظر إلى ما تتلقاه العيادات من مبالغ تغطي العلاج والمصاريف الفندقية. فأقام مسؤولية العيادة على أساس تعاقدي، وأخضعها لنفس أحكام المسؤولية الطبية، بوصفها مدينة بإسداء خدمات للمريض، و مسؤولة تعاقديّا عن فعل الأطباء الذين تستعين بهم.

698 فاضل المكور، مسؤولية الهياكل الطبية، سابق الذكر، ص. 97.
S. Dabbou Ben Ayed, Socialisation des risques et principe de précaution, in La responsabilité des personnes publiques, sous la direction de Amel Aouij et H. Ben Salah, Tunis 2009, p. 29.

699 المحكمة الادارية الاستئنافيةعدد 1078 في 31 ديسمبر 1993، قرار الحفصي ضد وزارة الصحة.

700 تعقيب مدني عدد 703/843 في 13 جويلية 2004. "وحيث طالما تبين أن الأضرار الحاصلة للطفل امين الحصانري كانت نتيجة لعمل طبي جماعي شمل الطبيب المباشر للحامل والدة الطفل والطبيب المبنج ولا وجود لأي إمكانية لتقدير نسبة مسؤولية كل منهما في حصول الضرر فانه يصبح من ضروريات النازلة...".



**186**. وكان للقضاء أن يعالج العلاقة الرابطة بين العيادة والطبيب. ومع الاعتماد على وصف عقد الإجارة على العمل موضوع الفصل 828 م ا ع، فإن التدخل الطبي المخل بأصول الطب وما استقرت عليه علومه لا يؤدي حتما إلى ترتيب مسؤولية المصحة عند المباشرة في مصحة خاصة. وقد اعتمد القضاء على حجتين مأخوذتين من أحكام القانون عدد63/1991 المؤرخ في 29 جويلية 1991 المتعلق بالتنظيم الصحي[701]، ومن قواعد المسؤولية عن فعل الغير. فمجرد ممارسة الطبيب خدماته في المصحة أو قيامه بالكشف بالآلات التي تسخرها له لا تؤثر في ترتيب مسؤوليتها، طالما لم ينسب لها إخلال بالالتزام ببذل العناية[702]. ولم يترك القضاء الأمر دون تمحيص. فأكد أن العيادة لا تسأل عن فعل الطبيب إلا إذا كان أجيرا لديها[703]. أما إذا كان مستقلا في ممارسته، وحصل الضرر في المصحة بوصفها "إطارا مكانيا"، فلا تتحمل المسؤولية عن سلامة المرضى. والسبب أن نطاق هذا الواجب إزاء المرضى الذين يلجؤون إلى خدماتها" لايتجاوز حدود ما تؤديه من أعمال وخدمات متمثلة في الايواء

701 الذي يقتضي في فصله الأول: "لكل شخص الحق في حماية صحته في أحسن الظروف الممكنة". واضاف الفصل الخامس منه انه:" يجب أن تعمل الهياكل والمؤسسات الصحية العمومية والخاصة في ظروف تضمن: "ا) الحقوق الأساسية للذات البشرية وسلامة المرضى الذين يلجنون الى خدماتها (...)".

702 تعقيبي مدني عدد 8807/2006 في 1 جانفي 2007، غير منشور: إن المصحة "غير مسؤولة عن الأضرار اللاحقة بالمرضى بسبب أخطاء الأطباء المباشرين بالمصحة، طالما أن هؤلاء لا يعدون أجراء له، وتبقى مسؤوليتهم الشخصية الكاملة قائمة في ذلك متى ثبتت أخطاؤهم لا مجال بالتالي لتطبيق الفصل 845 م ا ع".

703 استئناف تونس 34413/34412 في 14 ماي 1997، غير منشور. استئناف تونس 75672 في 25 جوان 2002، غير منشور. والذي تم رفض طعن المصحة ضده بالتعقيب تحت عدد 21563 في 12 ديسمبر 2002 ، لوجود علاقة شغلية بينها وبين الطبيب طبقا للفصل 6 من مجلة الشغل. تعقيبي مدني عدد 21563 في 12 ديسمبر 2002، غير منشور. وهي قرارات مجموعة في ملحق مذكرة بحث يسرى دباش المسؤولية الطبية عن فعل الغير ( بالفرنسية جامعة صفاقس كلية الحقوق 2005/2004) كذلك، قرار مدني عدد 7531 مؤرخ في 03 فيفري 2007، مجلة القضاء والتشريع 2007، عدد 4، ص. 171، لا يخضع الطبيب في مباشرة أعماله الطبية لأية تبعية علمية لمؤجره صاحب المصحة لكنه يكون خاضعا له إداريا وقانونيا سواء في ما يتعلق بتوقيت العمل أو بنظامه داخل المصحة التي يعمل بها مستعملا المعدات والتجهيزات الموضوعية على ذمته من طرف المؤجر".

بمقرها وتوفير أعلى التقنيات وأجودها، وبالتالي فليس لها علاقة بالمرضى وما يلزمهم من الأدوية التي يتكفل بها الطبيب المباشر لهم"[704]. ولكن عقد الاستشفاء الذي يبرم بين المريض والعيادة يرتب المسؤولية التعاقدية الشخصية للعيادة، حتى وإن كان الطبيب مرتبطا معها بعقد ممارسة حرة[705]، إذا كانت الخدمات التي أعلنتها في العقد لا تتماشى مع اختصاص الطبيب المتعاقد معها، ولايوفر فيها الكفاءة المهنية[706].

**187**. ومن مظاهر تثقيل المسؤولية للعيادة بوصفها مزوّدة للأدوية لصالح مرضاها أن التزامها في ذلك التزام بتحقيق نتيجة. فإن تعكرت سلامة المريض قامت مسؤوليتها بدون حاجة إلى إثبات الخطأ[707]. هذا التحوّل يبرّر أيضا بقطاع التأمين الذي تعمّم لدى العيادات بمقتضى الفصل 48 من القانون عدد 91-63 المؤرخ في 29 جويلية 1991، والمتعلق بالتنظيم الصحي، حتى وإن لم يكن إجباريًا لدى الأطباء.

**188**. ويمكن أن نلمس كذلك من تطبيقات هذا المعيار في تصنيف التزامات المدرّبين. فقد تم انتداب ممرّن لتدريب فريق الأصاغر، ولكن النتائج لم تكن مشجعة. فوقع فسخ العقد من جهة "جامعة كرة القدم". وطلب المدرب التعويض عن ذلك الفسخ التعسفي. اعتبر القضاء أن التزام المدرب هو ببذل

[704] تعقيبي مدني عدد 20241/2007 في 13 مارس 2008، غير منشور.

[705] Contrat d'exercice libéral. A. Léandri, Le contrat d'exercice libéral du médecin, Th. Aix III, 2006, citée par G. Mémeteau, note sous civ.1ère , 11 juin 2009, D. 2010, p. 363.

[706] Civ.1ère , 11 juin 2009, D. 2010, préc.

[707] Civ 1ère 7 novembre 2000, R.T.D.civ 2001, p151, obs.Jourdain.



عناية. فلا يحاسب إلا عن التقصير أو الإهمال. ولا يمكن أن ترتب مسؤوليته عند فشل الفريق الذي يشرف عليه[708].

**189**. ثم من تطبيقات هذا المعيار ما أثارته عقود الإعلامية من التزامات على الحرفين المختصين في الإعلامية. فكثيرا ما تتولى المنشآت تركيب برمجة (logiciel/progiciel) تطلبها من حرفية في الإعلامية، قصد تسهيل التصرف أو تنفيذ الخدمات التي تختص فيها. وقد اعتبر بعض الفقهاء أن هناك احتمالا نسبيا في تنفيذ برمجة مثالية، وان هذا الاحتمال مردّه إلى تدقيق المنشأة لجميع حاجياتها ومشاركة محترفي الإعلامية والبرمجيات في تنفيذ العقد، بالإضافة إلى أن الاحتمال يردّ في بعض الحالات إلى عدم السيطرة علميا على تقنيات الإعلامية. والواقع أن هذا المعيار يتداخل مع معيار ثان يستمد من الدور الإيجابي والدور السلبي للأطراف.

**190**. ومن التطبيقات الأخرى التي يعتمد فيها على معيار الاحتمال تلك التي يرتبط فيها أصحاب الورشات بأصحاب السيارات بقصد إصلاح السيارات. هل إن الميكانيكي ملزم ببذل عناية أو بتحقيق نتيجة؟ استئناسا بالقضاء الفرنسي، نرى أنه بدأ معتبرا أصحاب الورشة ملزمين بتحقيق نتيجة. ولكنه عدّل من موقفه، وحقق أن الميكانيكي قادر على التفصّي دون إثبات القوة القاهرة، والاكتفاء بإثبات أنه وقف على الخلل ونصح صاحب السيّارة بالإصلاح الملائم له في إتباع رأيه الفنّي. وعلى الميكانيكي أن يثبت أيضا تقديم هذا الرأي[709].

[708] محكمة التعقيب 20 فيفري 2002، قرار عدد 14585 الجامعة التونسية لكرة القدم ضدّ عبد المجيد القوبنطيني، قرار غير منشور.

[709] Cour d'appel de Paris 26 Juin 1991, R.C.C.C (Revue contrat consommation et concurrence) 1992, p. 22, observations, P. Jourdain R.T.D.civil 1996, p.825.

## ب ــ الدّور الإيجابي والدّور السّلبي للأطراف

## Le rôle actif et le rôle passif des parties

**191.** القاعدة أنه عندما يكون دور الدائن إيجابيا في تنفيذ الالتزام، فإن مدينه يتحمل بذل عناية. أما إذا كان الدور سلبيا، فإن المدين يلتزم بتحقيق نتيجة. ويمكن هذا المعيار من التمادي في تحليل الالتزامات الناشئة عن عقود الإعلامية وتثبيت البرمجيات. فالواضح انه لا يمكن منطقا الاكتفاء بمطالبة حرفي الإعلامية بالقيام بتسليم البرمجة مطابقة للحاجيات الإعلامية للمنشأة، أي تحميله التزاما بتحقيق نتيجة، وذلك لأن الدائن يساهم إيجابيا في تنفيذ العقد المتسم بالتشارك والتساعد بين الطرفين. وللدائن دور إيجابي يستمد من قيامه بتحديد حاجياته وضبطها ووضعها، حتى يتسنى للمبرمج أن يعدّل المعطيات الإعلامية على ضوئها. ولذلك، فإن إسداء هذه الخدمة الإعلامية يحقق التزاما ببذل عناية، وليس بتحقيق نتيجة. ولكن هذا التصنيف أيضا لا يرضي الفقه، لأن إثبات الخطأ يحتاج إلى خبرة بالإعلامية تفتقدها المنشأة ويكتسبها القائم بالبرمجة بوصفه حرفيا في الأمر، فاقترح الفقه اعتماد التزام ببذل عناية مدعم. فبعد أن يوضح دائن البرمجة جدواها وطريقة تأثيرهاعلى التصرف داخل المنشأة، وإذا ما ثبت بعد هذا الخلل عند استغلالها، يتحمل المبرمج الإعلامي عبء إثبات عدم اقترافه أي خطأ، واستجابته في تسليمه للبرمجة، لكل الحاجات التي دعت دائنته إلى طلبها وإلى ما كان يرومه من تركيبها.

**192.** القاعدة أنه عندما يكون دور الدّائن إيجابيا في تنفيذ الالتزام، يكون المدين مطالبا ببذل عناية. أمّا إذا كان دوره سلبيا، فإن المدين يتحمل التزاما بتحقيق نتيجة. وفي عقد النقل، يلتزم الناقل بتحقيق نتيجة وهي إيصال المسافر دون أذى. وتتم عملية النقل بدون مشاركة المسافر في ذلك. فهو دائن ذو دور



سلبي في تنفيذ العقد. وورد هذا الموقف في الفصل 653 من المجلة التجارية. وقد أسسه القضاء على الدّور الإيجابي والدّور السلبي للدائن[710].

**193.** القضاء الفرنسي عرّف عقد النقل فجعله متراوحا بين امتطاء وسيلة النقل والنّزول الكلّي منها[711]. هذا التحديد الزّمني والمكاني أيضا أثار طبيعة الحوادث وطبيعة المسؤولية التي ترتّبها إذا ما حصلت عند انتظاره لوسيلة النقل في محطة الحافلات أو القطارات[712]. ونجد التقسيم نفسه بالنسبة للنقل الجوّي. فهو يخضع من الرّكوب إلى النزول لمعاهدة فرسوفيا لسنة 1929 ولبعض معاهدات الطيران المدني. القضاء الفرنسي رتب مسؤولية الناقل الجوّي عندما نزل بعض المسافرين في مطار الكويت الدّولي كمطار نزول وعبور بين لندن وكوالالمبور عاصمة ماليزيا. وصادف ذلك النزول سقوطه تحت سيطرة كموندوس عراقي وأسره لجميع المسافرين الذين كانوا يمضون ليلتهم في إحدى النزل الفاخرة. أكّدت المحكمة الفرنسية أن التزام الناقل الجوي التزام ببذل عناية إن تعلّق الأمر بأضرار حصلت بعد النزول. وتبعا لذلك، فعلى المسافر الأسير أن يثبت خطأ الناقل شركة النقل الجوي البريطانية. وقد نجح في ذلك لأن تذكرة السّفر لم تحدد النزول بمطــــار الكويت[713].

**194.** القضاء الفرنسي تعرّض إلى التزام المغازة إزاء الحرفاء. في مرحلة أولى رأى أن التزام المغازة بالسلامة هو من قبيل بذل العناية، ولكنّه تخلّى عن هذا الموقف، ورأى أن الحريف داخل المغازة لا يمكنه أن يحتج

---

710 قرار عدد 10624 مؤرخ في 7 جانفي 1985، ن. م ج. I، ص. 30.

711 Cour d'appel de Marseille 28 octobre 1989, Dalloz 1989, p.234.

712 في المرحلة الأولى اعتبر القضاء الفرنسي أن التزام الناقل في قاعة الانتظار التزام بتحقيق نتيجة. ولكنه بعد ذلك تراجع واعتبر أنه التزام ببذل عناية وفي مرحلة لاحقة وحالية أخرج القضاء هذه المسؤولية عن الإطار التعاقدي أصلا وأخضعها للمسؤولية التقصيرية.

713 Civ 1ère. 15 Juillet 1999, D. 2000, p. 283.

بالتزام بتحقيق السلامة، إذ لا يتصور في عقد يقوم على إسداء الخدمات[714]. وبما أن دور الحريف إيجابي، فالالتزام يصبح التزاما ببذل عناية، وعلى الحريف إثبات الخطإ[715].

195. ومن الأمثلة التي تعتمد معيار الدور الإيجابي والسّلبي عقود التنزّه على ظهر الجياد، سواء في النّزل أو في نوادي رياضة الخيل. هذا الالتزام هو التزام ببذل عناية بالنسبة للمدين، لأن دور الدّائن الراكب هو دور إيجابي[716]، تماما كما هو الشأن في تنظيم المهرجانات الرياضية، وبالتحديد سباق السيّارات التي تجعل التزام المدين التزاما ببذل عناية نظرا للدور الإيجابي للدّائن[717]. وخير القضاء التونسي النظام التقصيري، تعطيلا للبنود المحددة للمسؤولية[718].

### ج – معيار الإنصاف critère de l'équité

196. هذا المعيار سبيل للتفرقة بين الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة. ويتولى القضاء من ورائه تعزيز جانب المتضرر خاصّة إذا كان المدين مؤمّنا، فيعفى الدّائن من إثبات الخطإ. وهو إثبات ثقيل من الناحية الإجرائية وبه مخاطره. فإذا لم يفلح الدّائن في إثبات الخطإ ردّت دعواه في التعويض.

### د – معيار تحديد الالتزام

197. ثمة التزامات يحدد القانون محتواها، وهي تنشأ من العقود المسماة[719]، مثل التزام المكتري بحفظ المكرى طبقا للفصل 782 م ا ع، وهو

714 A. Salma, L'obligation de sécurité.Mémoire, Fac. Droit de Sfax.2001-2002.
715 Civ, 23 Mai 1996, RTD.civ. 1996, p. 141, obs. Jourdain.
716 Civ 14 Novembre 1992, J.C P, p. 93, n°22058.
717 Civ 11ère Décembre 1999, Dalloz 2000, p. 287, obs. Mouly.
718 المحكمة الابتدائية بصفاقس، 4 جوان 1960، م.ق.ت.1960، عدد 7، ص. 61.
719 محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، العقد، طبعة ثانية، ف.360، ص.290.



من صنف الالتزام ببذل عناية[720]. وثمة التزامات "بتحقيق غاية"، تستمد من أحكام الفصل 640 من م ت الذي يحمّل الناقل ضمان الأشياء من وقت تسلمها، ويرتب مسؤوليته عن ضياعها كلا أو بعضا، وعن تعييبها وحتى عن التأخير في تسلمها[721]. ويحدد أيضا مضمون الالتزام بحسب طبيعته. "ويتفق الشراح على أن الالتزامات بإعطاء والإلتزامات بامتناع عن عمل تنتمي حتما إلى صنف الالتزامات بتحقيق نتيجة. فمن يبيع شيئا على ملكه يلتزم نحو المشتري بنتيجة تتمثل في نقل الملكية. فإذا لم تتحقق النتيجة المتعهد بها فإن البائع يكون ملزما بتعويض الخسارة... "[722].

ويعني هذا المعيار أن القضاء يحاول الوقوف على تفسير إرادة الأطراف. فإذا رأى أن الالتزام التعاقدي محدّد في محتواه، اعتبر وجود التزام بتحقيق نتيجة[723]. ويستشف هذا المنهج عند ضبط نظام التزام بعض الحرفيين مثل المحامي. فقد ضبط القضاء تبعا لذلك نظام المسؤولية المهنية للمحامي. ودون الخوض في طبيعتها، فإنه حددها في الإطار التعاقدي، بتبويب تناصفي، عزل بمقتضاه صنفين من الالتزامات ، بتحقيق غاية أو ببذل عناية. فقد أكدت محكمة التعقيب على هذه الثنائية[724]، لترى" أن مسؤولية المحامي بالنسبة

720 وكذلك التزامات الوكيل المحددة في الفصل 1131 م ا ع، محمد الزين، نفس المصدر.
721 نفس المصدر، مع شواهد أخرى عن التزامات تعاقدية، ومنها التزام ناقل الأشخاص طبقا للفصل 653 من م.ت.
722 محمد الزين، المصدر السابق، ف.361، ص.291.
723 Frossard,th. préc.
724 تعقيبي مدني عدد-2007-12258دد في 2007/11/15 غير منشور. كذلك، محكمة الابتدائية صفاقس، قضية عـ48119ـدد مؤرخ في 04 جانفي 2010 حيث تعرض المشرع التونسي لمسؤولية المحامي المدنية بشكل صريح في كثير النصوص القانونية وخاصة منه الفصل 35 من قانون مهنة المحاماة الذي نص " أن المحامي مسؤول طبقا لأحكام هذا القانون وغيره من القوانين فيما يرتكبه من أخطاء صناعية". وحيث لقيام مسؤولية المحامي لا بد من قراءة الفصل المذكور أن مسؤولية المحامي لا تقوم إلا في صورة ارتكابه لخطأ صناعي ضرورة أنه مطالب أصلا ببذل عناية كافية والاجتهاد اللازم وبالوصول إلى نتيجة (باستثناء احترام الاجراءات) إلا أنه يسأل عن أخطائه الصناعية التي تفرضها طبيعة المهنة والمتعلقة أساسا باحترام الإجراءات لدى المحاكم. تعقيبي مدني 22206 مؤرخ في 26 جوان 2006 غير

لحريفه هي تعاقدية، بكونه مسؤولا كلما أخل بالتزام محمول عليه بمقتضى العقد. وهي مسؤولية مترتبة عن تقديم خدمات للغير، والتزامه بمقتضاها يكون حسب طبيعة العمل الذي يقوم به، فهو التزام ببذل عناية وليس بتحقق نتيجة، إذا تعلق بعمل يتصف بالاجتهاد والمخاطرة في التقدير، ولا يكون الإخلال به إلا نتيجة الخطأ الفاحش والجسيم والمرتكب عمدا عن سوء نية، ذلك لأنّ صنف هذا الأعمال يجعل الخلاص فيه بالالتزام لا يكون هو المؤسس للحكم القضائي ولا يؤدي إلى فقدان الحق كعدم القيام بالحق الشخصي في دعوى جزائية وعدم الحضور للمرافعة". ثم انتقلت إلى القسم الثاني من الالتزامات، وفيها "يجب أن تكون عنايته شديدة ويقظته حازمة، لأنه يكون مسؤولا ومطالبا بتحقيق نتيجة، إذ أنّ الأمر لا يتطلب أي اجتهاد أو خيار في الحلول والطرق التي ينتهجها". وجاء التركيز على صفة الحرفي، العارف عرفانا شاملا بأصول مهنته للتشدّد في تقدير الخطإ.

وعندما يتوجه إنسان إلى مطعم، فبنيّة الحصول على غذاء سليم، وبالنسبة لصاحب المطعم فبنيّة تقديم مأكولات صحيّة لا تسبّب أي اضطراب لدى الحرفاء، وتساعد على تلميع السمعة التجارية له. ولذلك يكون التزام صاحب المطعم التزاما بتحقيق نتيجة. فإذا حصل تلوّث في الطعام قامت المسؤولية بمجرّد إثبات الضرر من الحريف[725].

ولكن هذا المعيار منتقد لأنه غير دقيق حسب الفقه، ولا يمكن دائما من الوقوف على مضمون الالتزامات.

---

منشور (حيث أن اختيار المشتري بمحام عالم بأطوار المبيع لتحرير عقد البيع أما المقصود في ذاته لذلك ينبغي أن تكون النوائل على قدر النوايا فليس يغتفر لمحترف خبير ما قد يأتيه المتطفل الغرير).

[725] Civ, 16 Novembre 1990, J.C.P. 1991, n° 17127. Voir R.T.D.civ 1996 p. 91, obs. Jourdain.



# البـــاب الثانـــي

## المسؤوليـــة عـــن فعـــل الأشيـــاء

**198**. تطرق لها الفصل 96 م ا ع الذي ينص: « على كل إنسان ضمان الضرر الناشئ مما هو في حفظه إذا تبين أن سبب الضرر من نفس تلك الأشياء إلا إذ أثبت ما يأتي:

1 ــ أنه فعل كل ما يلزم لمنع الضرر.

2 ــ أن الضرر نشأ بسبب أمر طارئ أو قوة قاهرة أو بسبب من لحقه» .

ويقابل هذا الفصل في القوانين العربية الفصل 187 م م مصرية الذي ينص « من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسؤولا عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر، ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه، هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة ». يقابل هذا أيضا الفصل 131 للقانون اللبناني، وصيغته هي الآتية: « حارس الجوامد المنقولة والجوامد غير المنقولة يكون مسؤولا عن الأضرار التي تحدثها تلك الجوامد حتى في الوقت الذي لا تكون فيه تحت إدارته أو مراقبته الفعلية، كالسيارة وقت السير أو الطائرة وقت طيرانها أو المعهد وقت استعماله. وتلك التبعة لا تزول إلا إن أقام الحارس البرهان على وجود قوة قاهرة أو خطأ من المتضرر، ولا يكفي أن يثبت الحارس أنه لم يرتكب خطأ » . وفيه تأثير نظرية التبعة بفضل مساهمة جوسران في الأعمال التحضيرية، واختيار اللجنة التخلي عن أحكام المجلة المصرية في خصوص تضييق نطاقه، وفصل التحلل فيه عن فقدان الخطإ. أما

المجلة الأردنية فقد ذكرت في المادة291 أن "كل من كان تحت تصرفه أشياء تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها أو آلات ميكانيكية يكون ضامنا لما تحدثه هذه الأشياء من ضرر إلا ما يمكن التحرز منه...". وهو يبني المسؤولية على أساس المباشرة [726].

وفي القوانين الغربية، يتطرق الفصل 1384 ف.1 من المجلة المدنية الفرنسية إلى نفس النظام [727]، وكذلك الفصل 46 م م سويسرية، و135 من المجلة البولونية.

**199.** التطرق إلى هذه المسؤولية يبرز نظاما أدلى فيه القضاء بدلوه، ومكّن من إرساء مساهمة علمية دقيقة وعميقة. أمّا القضاء التونسي، فقد عرّف المصطلحات الأساسية للفصل 96 م إ ع، وحدّد طبيعة قرينته، مقدّما شواهد على إرساء نظام حر في البحث العلمي.

والقضاء الفرنسي بدوره برهن على تفسير ابتكاري عميق أثرى الفصل 1384 ف. 1، وحوّل نظامه إلى جملة أحكام تجاوزت ما أراده المشرع الفرنسي سنة 1804 [728]، لتصبح نسيجا قضائيا متناسقا، رغم ما بلغه من تذبذب، ومن تحوله عن مواقفه و تغييرها. وقد تجلى ذلك أيضا من خلال تعريف

726 وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني النظرية العامة للإلتزامات، الجزء الأول مصادر الإلتزام، الطبعة التاسعة، جامعة دمشق،ص.424. في حين أن المادة 231 من القانون المدني العراقي يؤسس تلك المسؤولية على الخطإ المفترض." وقد قرر المشرع العراقي أن هذا الحل الوسط يلائم حالة البلد في مرحلة تطوره الخالية. مرقس، المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، ج.2، ص.192.

727 On est responsable non seulement des dommages que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par fait des personnes dont ou doit répondre ou des choses que l'on a sous sa garde.

728 Flour, Aubert et Savaux,Le fait juridique. Armand Colin. 2009, n°233, p. 294.



المصطلحات الجوهرية في ذلك الفصل، مع تحديد لنظام في التفصّي [729]، جرّ المشرع إلى تبني قانون خاص بحوادث السير في 5جويلية 1985. ولم تثن هذه المناقب من بسط الجدل مجددا حول الجدوى من بقاء المسؤولية عن فعل الأشياء، ليتجاذبه الرأي المؤيد لاندثاره، بوصفه نظاما عفا عنه الزمان [730]، والرأي المعاكس [731].

وإذا كان الفصل 96 م إ ع بعيدا نسبيا في وضعه عن الفصل 83 م إ ع، بما أنه ينفصل عنه بأحكام تتعلق بمسؤولية الدولة عن فعل موظفيها، ومسؤولية هؤلاء الشخصية عملا بالفصلين 84 و85 م إ ع، وغيرها من حالات المسؤولية بسبب المنافسة غير المشروعة، والفصل 93 و93 مكرر المرتبط بحالات المسؤولية عن فعل الغير، والفصلين 94 و95 م إ ع المنظمين للمسؤولية عن فعل الحيوان، فإن ترتيب الفصول لم يكن مماثلا في المجلة المدنية الفرنسية.

**200.** ففي بداية القرن 19، كان الفصل 1384 ف. 1 يعد حلقة منهجية بين الفصول 1382 من جهة والفصل 1385 وما بعده، وهي المتعلقة بفعل البناء وبفعل الحيوان، واعتبر ذا وظيفة منهجية وبيداغوجية في عرض أحكام المسؤولية في المجلة المدنية الفرنسية. ثم ظهرت الحاجة إلى تطويع أحكام هذا الفصل رويدا رويدا، ليتلاءم مع وظيفة المسؤولية التعويضية، لاسّيما مع تغير نمط الإنتاج وتحول العلاقات الإقتصادية. وبرزت سمات الاجتهاد القضائي الفرنسي في تخليه، حماية للأجير، عن ترتيب التزام بتحقيق نتيجة على كاهل

729 La responsabilité du fait des choses, Réflexions autour d'un centenaire, ouvrage collectif sous la direction de F. Leduc, Economica, 1997.

730 J.S. Borghetti, La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps, RTDciv. 2010, p.1.

731 Ph. Brun, De l'intemporalité du principe de la reponsabilité du fait des choses, et de quelques autres considérations sur ses prétendues répercussions negatives en droit des obligations, RTD civ. 2010, p. 487.

المؤجر، يقوم على سلامته بسبب المفارقة الواضحة بين ذلك النظام ونية الأطراف. وقبل الإهتداء إلى أحكام الفصل 1384 ف. 1، عرج على الفصل 1386 م. م. ف. المتعلق بفعل البناء، واعتبر أن الحوادث المهنية تخضع له، لأن الآلات والتجهيزات بوصفها عقارات حكمية، تتبع ذلك النظام. ولم يرتق هذا الموقف إلى قاعدة مثلى خالية من العيوب. ذلك أن المسؤولية عن فعل البناء تقتضي إثبات عدم إصلاح البناء أو إثبات عيب فيه. ويؤدي القياس إلى مطالبة الأجير بإثبات عيب في صنع الآلات. وتخلى القضاء الفرنسي عن هذه المواقف، ليتخذ من الفصل 1384 ف. 1 ملاذا قانونيا لحماية الأجير في قرار Teffaine[732]. ولم يعمّر هذا الموقف طويلا، وذلك لصدور قانون أفريل 1898 ودخوله حيز التطبيق.

ويبين هذا التداخل مدى ارتباط النظام القانوني لفعل الأشياء (**المبحث الأول**)، مع النظام الخاص لبعض الأشياء (**المبحث الثاني**).

## المبحث الأول: النظـام القانونـي لفعل الأشيـاء

يقتضي هذا النظام توفر شروط لقيام القرينة عن فعل الأشياء (**فقرة1**). ويمكن للحافظ أن يتفصّى بعد ذلك وفق نظام التحلل من تلك القرينة (**فقرة2**).

### الفقرة الأولى: شروط المسؤولية

تقوم المسؤولية الشيئية إذا كان شيء (**أ**) سبب بفعله ضررا (**ب**)، أثناء حفظه من شخص (**ج**).

[732] Civ 16. 6. 1896 . S. 1897. 1. 17 note Esmein ; D 1897, I, 433, conclusions Sarrut, note R. Saleilles ; Ch. Bourgois, « Autopsie de l'arrêt Teffaine », in la responsabilité du fait des choses, préc. p. 9 s.





**201.** هو أكثر المفردات اتساعا وأقلها دقة، كما ذكر ذلك "كاربونياي"[733]. الشيء مصطلح عام يحوي كل جامد أو متحرك، باستثناء ما يخضع لنص خاص، مثل المسؤولية عن فعل البناء، أو عن فعل الحيوان [734].

إلا أن هذه الحقيقة غير مطلقة في جميع الأنظمة القانونية . فالقانون المصري مثلا، لم يتول التعرض إلى كل الأشياء، "بل وقف عند القدر الذي تدعو إليه حالة البلاد الاقتصادية، فلم يجعل المسؤولية التي نحن بصددها شاملة لجميع الأشياء، بل قصرها على الآلات الميكانيكية وغيرها من الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة "[735]. وقد بسطت التفرقة للنقاش بمناسبة الصياغة النهائية للفصل 131 من قانون الموجبات اللبناني. فقد ورد قيد على ذلك الفصل، شبيه بذلك الذي حملته صيغة المجلة المدنية المصرية في فصلها 187، وكان يحدد نطاق المسؤولية بالجوامد التي تكون لها قوة محركة لذاتها، أو تستدعي مراقبة خاصة [736]، قبل أن ينقح سنة 1932[737]. وهو بذلك يلتقي مع القضاء الفرنسي في قرار جاندور الثاني[738]، الذي ألغى التفرقة بين الأشياء الخطيرة وغير الخطيرة، بعد أن كان القضاء مفردا الأولى دون الأخرى

[733] Carbonnier, Droit civil, Obligations, 22e éd, 2000, p.461. « le plus vague de la langue française ».

[734] الحيوان يصنف ضمن الأشياء في قانون الأموال. وهناك دعوة إلى اعتبار الحيوان في منزلة وسطى بين الأشياء والإنسان.

[735] عبد المنعم فرج الصدة. مصادر الإلتزام، دار النهضة 1986 ، ف. 528، ص. 573 .

[736] Doués d'un dynamisme propre ou exigeant une surveillance particulière.

[737] خليل جريج. النظرية العامة للموجبات. مطبعة صادر 1988، ج. I، ص. 252 وما بعدها.

[738] Ch. Réunies, 13 février 1930, D. 1930, D. 1930. I. p. 57 note Ripert. Sirey, 1930. p. 121 note Esmein.

بأحكام المسؤولية الشيئية[739]. فقد أكدت محكمة التعقيب أن الفصل 1384 ف. 1 عام. ولا يجوز تقييد إطلاقه عند التفسير.

**202.** ولم يرث الفصل 96 م إ ع هذه التفرقة أصلا. ولم تطرح عند تطبيقه إمكانية حصره في بوتقة الأشياء الخطيرة دون غيرها. ولذلك فإنه يشمل العقارات، والمنقولات عدا ما خضع لنص خاص. وانبرى القضاء ليطبقه على كل الأشياء[740]، مثل الزيت السائل من الجرار[741]، والأسلاك الكهربائية[742]، والبضاعة التي يتم تفريغها من ظهر السفينة بواسطة مقاول الشحن والتفريغ[743]، وأرضية الحمام[744]، وسيارة السباق في مدينة الملاهي[745]، والحفرة التي يتركها مقطع الأحجار[746]، وقنوات التطهير[747]، والأنقاض[748].

ويتضح من خلال هذا التعداد أن المسؤولية الشيئية لا ترتبط في القانون التونسي نصا وقضاء بالشيء في حد ذاته، ولم ينكب القضاء على التأمل من خصائصه وميزاته، فالثابت أن ذلك لم يكن ذا ثقل في أحكام هذه المسؤولية[749].

739 كانت المسؤولية عن فعل الأشياء منحصرة في فعل الحيوانات والبناء. ولم يتم اعتماد الفصل 1384 ، ف. 1، إلا مع القرن التاسع عشر بعد كمّ ضخم من المخاطر، تسببت فيها وسائل النقل والصناعة. فخرج الفصل 1384، ف. 1، من انكماشه، ليشمل الأشياء الخطيرة دون غيرها. ولم تكن السيارة مصنفة في الأشياء الخطيرة. قرار Jand'heur الأول Civ. 7 juillet 1927 D.H.1927. p.4.

740 تعقيبي مدني مؤرخ في 24 أفريل 1975، ن. ج. I ، ص. 221.

741 تعقيبي مدني مؤرخ في 11 نوفمبر 1962، ن. ج. III، ص. 284 .

742 تعقيبي مدني مؤرخ في 28 جانفي 1997، ن. ج. II، ص. 127.

743 تعقيبي مدني عدد 57513، 6 أفريل 1997، ن. ج. II، ص. 192. واقترح راي تطبيق الفصل 96 م.ا.ع. على الحمولة التي تلوث البحر بمناسبة حوادث النقل:

F. Mahjoub, Le Code desobligations et des contrats face aux règles internationales de la responsabilitécivile en matière de pollution par hydrocarbures, RTD. 2008, p. 475,sp.497.

744 تعقيبي مدني عدد 72084 مؤرخ في 9 سبتمبر 1999، غير منشور. كذلك تعقيبي مدني عدد 16725 في 6 جوان 2002 ، غير منشور.

745 تعقيبي مدني عدد 2722 في 5سبتمبر 2003، غير منشور.

746 تعقيبي مدني عدد 72484 في 11فيفري 2002 ، غير منشور.

747 تعقيبي مدني عدد 6 جوان 2002 ، غير منشور.

748 تعقيبي مدني عدد 18205 مؤرخ في 22 اكتوبر 2002.

749 والقضاء الفرنسي أتم التوسع في تحديد مفهوم الشيء، فهو يشمل الأرض عند انزلاقها.



**203.** وانبثقت من الحضارة الرقمية ما جادت به من أشياء غير مادية، مثل المنطاق Le logiciel صعوبة جديدة، لمعرفة ما إن كانت تدخل في مصطلح الشيء[750]. وللسؤال أبعاد قانونية ذات بال، أهمّها إمكانية انطباق المسؤولية الشيئية عن فعل المعلومة الرقمية. ولا نملك في القضاء التونسي حلا لهذا الأمر. والاستئناس بالقانون الفرنسي يري محاولة من القضاء لتعميم الشيء حتى على غير المجسّم منه[751]. فهل يتمادى الأمر إلى خلع هذا الحكم عليه و على كل غير محسوس؟ يأبى شق فقهي أن يشمل الشيء ما اكتشفته العلوم الرقمية من معطيات غير مادية إن نزعت عن حاملها. فقد ترافق هذا المصطلح بما هو مادي ومجسم[752]. وثمة اعتراض ثان حول قيامها، يؤخذ من عجزها عن التسبب في الضرر، إلا في الحالة التي ترتبط بخطإ شخصي. واقترن الجدال

Civ 2ème . 19 Juin 2003, RTD Civ 2003, p. 715. Obs.Jourdain.

حول تطبيقات القضاء الفرنسي

Viney et Jourdain, La responsabilité, Les conditions, 3ème éd LGDJ n°659, p. 631.;Malaurie, Aynès et Stoffel- Munck. Les obligations, Litec, 2009, n°191, p. 97.

حتى غير المادية

L. Lucas : la responsabilité civile du fait des choses immatérielles, Etudes P. Catala. Litec 2001, p. 817.

750 E. Tricoire, La responsabilité du fait des choses immatérielles, Mélanges Le Tourneau, Dalloz 2008, p.583, s.

751 TGI.Paris, 1ère ch. 27 février 1991, J.C.P., 1992, II, 21809, note Le Tourneau. : « L'ensemble des éléments techniques mis en œuvre en matière de diffusion télévisée effectuée en direct aboutit à la réalisation d'une image qui, susceptible notamment de reproduction et de conservation dans les archives, constitue une chose au sens de l'article 1384 al.1er du Code civil ».

752 Lucas, Devèze, et Frayssinet, Droit de l'informatique et de l'internet, Thémis, P.U.F., 2001, n° 691, p. 443, s. Ph. Le Tourneau, et Alii, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz Action, 2010/2011, n° 7730°, p. 1679.

بالمسؤولية عن فعل المعلومات[753]. ونفى البعض قيامها على أحكام فعل الشيء، لترتب أحكام الخطأ والفعل الشخصي[754]، ولم تمنع الطبيعة غير المادية من قبول البعض بانطباق المسؤولية الشيئية عليها[755].

والرأي أن إطلاق مصطلح الشيء بدون قيد ودون تمييز بين المادي وغير المادي جائز، بالنظر إلى اتساعه وترامي أبعاده. ولا داعي إلى القول بأنّ ذلك موقف مصطنع ومبالغ فيه. فقد تحررت المسؤولية الشيئية من التيارات التي ضيقت في مجالها، كما كانت تحررت كذلك من النزعة التي ربطتها بفعل الشخص. وهو ما يلمس من خلال تحليل فعل الشيء.

## ب ـ فعـل الشيء

204. ذكر الفصل 96 م إ ع، "أنه من الضروري أن يكون الضرر من نفس تلك الأشياء". ونجد صيغة متقاربة في الفصل 1384 ف 1 الذي ورد فيه ما يلي:.Les dommages causés par le fait de la chose.

ويقتضي تحديد ذلك الفراغ التعرض إلى مسألتين أساسيتين:

الأولى، تربط فعل الشيء بفعل الإنسان، ومدى اندماجهما مع بعضهما(1). والثانية، تضبط معايير التدخل السببي للشيء، خاصة عندما يكون في وضع جامد سلبي (2).

---

753 G. Danjaume, La responsabilité du fait de l'information, J.C.P. G, 1996, I, 3895, n° 32. F ; Dupuis-Touboul, M. H. Tonnelier et S. Lemarchand, Responsabilité civile et internet, J.C.P., E, 1997, I, 640, n° 21.

754 E. Tricoire, La responsabilité du fait des choses immatérielles, préc.p.586.

755 عبد الرزوف اللومي، المسؤولية التقصيرية على شبكة الانترنات، مجلة الدراسات القانونية 2001 ، ص. 143 وما يليها.



### 1 ـ فعل الشيء والفعل الشخصي

205. عندما يصدر فعل الشيء بتأثير فعل شخصي، كأن يتولى إنسان قيادة دراجة عادية صدمت مترجلا، ساد اتجاه يربط المسؤولية بالفعل الشخصي، وينبذ نظام المسؤولية الشيئية التي لا تتصوّر إلا عندما يكون فعل الشيء مستقلا عن تدخل الإنسان، كأن تتدحرج سيارة لوحدها وتحقق ضررا للغير، أو تنفجر لوحدها دون أن يتولى أحد الجلوس إلى عجلة القيادة[756]. وفي غير هذه الفرضية التي يغيب فيها عمل شخصي، إذا اتضح أن هناك من يحرك الشيء أو يستعمله أو يقوده، يخضع التعويض لنظام المسؤولية الشخصية، على معنى الفصلين 82 و83 م إ ع.

وقد جسم اتجاه قضائي في محكمة التعقيب هذا الموقف، ليربط المسؤولية الشيئية بغياب تدخل الإنسان[757]. فلا تتأسس "المسؤولية الشيئية موضوع الفصل 96 م إ ع عندما يكون الضرر ناتجا عن ذات الشيء دون فعل فاعل. أما إذا كان الضرر ناتجا عن الشيء بفعل شخص ما فإن المسؤولية تكون تقصيرية، موضوعها الفصل 83 من تلك المجلة "[758]. وينتج عن ذلك تربع المسؤولية الشخصية على عرش المسؤولية، ليصبح فعل الشيء خاضعا لنظام استطرادي، لا يقوم لوحده إلا في وضعيات استثنائية، يفترق فيها فعل الإنسان عن فعل الشيء. في حين أن هذا الانفصال كثيرا ما يكون نظريا لاندماج فعل الإنسان وفعل الشيء في غالب الأوقات، بل إن فعل الشيء يكون

---

756 تعقيب مدني 10578 في 07 .11. 1974، ن. ج. II، ص. 118.

757 تعقيبي مدني عدد 5345 مؤرخ في 3 مارس 1982، ن. ج. II، ص. 279. م. ق. ت. 1986، ص. 31، تعليق الأستاذ علي الجلولي. تعقيبي مدني عدد12896 في 29 ديسمبر 1985، ن. ج. II، ص.352.

758 المراجع المذكورة مذكورة من الأستاذ علي الجلولي في تعليقه، ص. 38 و39.

أشد وقعا عندما يرافقه فعل الإنسان، مثل المنشار الكهربائي عندما يتم تشغيله من شخص[759].

**206.** ولم يعمّر هذا الموقف، لا سيّما بعد قرارات الدوائر المجتمعة المؤرخة في 16 مارس1995، التي فصلت بين نطاقي المسؤوليتين. فعندما ينتفي الفعل الشخصي وفق الفصل 82 و83 من م ا ع، لا تندثر تبعا له إمكانية القيام على أساس الفصل 96 م ا ع، بل إن اللجوء إليه يصبح ملاذ المتضرر، خاصة وان أساسه لم يبق ذاتيا. فقد استلهم سنده من الضمان. والنتيجة أن فعل الشيء دون فعل الإنسان أصبح تصوّرا معقولا دون أن يخضع في اعتماده أو في أساسه إلى المسؤولية الشخصية[760]. وقد كان الخروج من هذا الإشكال مختلفا من حيث التقنية القانونية في القضاء الفرنسي. فقد ركنت محكمة التعقيب الفرنسية إلى قواعد تفسير القاعدة القانونية، قاعدة الفصل 1384 ف 1، لترى أنها عامة لا تفرّق بين ما إن كان الشيء المتسبب في الضرر قد حركه أم لم يحركه فعل الإنسان[761].

---

[759] Flour, Aubert et Savaux, Le fait juridique, 13ème éd. n° 247, p.305.

[760] مع وجود "جيوب" تتشبث بالموقف السابق. مثلا تعقيبي مدني عدد 70298 في 18 مارس 1999، و70650 بتاريخ 28 جانفي 1999، غير منشور. وهذا القرار يرى أن السيارة المرتكب بها الحادث هي ليست من الجوامد، بل هي من الجوامد المتحركة بفعل الإنسان الذي يسيرها ويتحكم فيها. "ويستخلص أن الفرق في القيام بدعوى التعويض سواء كان على أساس الفصل 83 أو 96 م ! ع يرتبط بعبء الإثبات، "إذ القيام على أساس الفصل 96 المشار إليه يقتضي وجود قرينته خطأ محمولة على المتسبب في الضرر". ويستنتج أيضا النظر إلى خطأ الحافظ وخطأ المتضرر في التقصّي وفي ترتيب المسؤولية. وفيه اهتداء لفقه القضاء سابق. تعقيبي مدني عدد 9846 في 4 جوان 1973، ن. ص 68. "المسؤولية الواردة بالفصل 96 .101 هي نفس المسؤولية التقصيرية التي جاء بها الفصل 83 مدني وإنما الخلاف بينهما وفي خصوص حمل عبء الإثبات هل هو على المتضررة حسب المبدأ العام الذي جاء به الفصل 83 أو على من وقع منه الضرر حسب الفصل 96 م ! ع". وقد عفتا الزمان عن هذا الراي، بفضل قر ارات الدوائر المجتمعة لسنة 1995، التي فصلت بين نطاقي المسؤولية. فعندما ينتفي الفعل الشخصي وفق الفصول 82 أو 83 م ! ع. لا تندثر تبعا له إمكانية القيام على أساس الفصل 96 م ! ع.

[761] Arrêt Jand'heur, Ch. Réunies 13 Février 1930, préc. : La loi ne distingue pas suivant que la chose qui a causé le dommage était ou non



ولا يقف تحديد فعل الشيء وضبط مساهمته هنا ، فالمسألة تتعداه كذلك للوقوف على معايير تلك المساهمة عند تدخل الشيء.

## 2 ـ معايير السببية في فعل الشيء

207. لم يعد فعل الشيء حاصلا، عندما يكون في وضعية جمود. فالحركة شرط للقول بمساهمته السببية الإيجابية. ويعني ذلك أن الوضع الجامد للشيء ينفي تدخله في حصول الضرر، ويجعله ذا دور سببي سلبي[762]. فالذي يسقط من السلم لوحده، لا يحق له أن يربط ضرره بفعل السلّم، شأنه في ذلك من يسقط على الأرضية أو ينزلق عليها، دون أن يكون ما يدعو لذلك. والواقع أن هذا التصور يرتبط بوشائج وثيقة مع خطورة الشيء كشرط لترتيب المسؤولية الشيئية، فالحركة تتبع هذه الخطورة، وتصبح رافدا لها[763].

ولكن هذا الموقف لم يدم طويلا، لأن الجمود والحركة، يحققان فعل الشيء(1)، ويضاف لهذا المعيار، معيار الإتصال والملامسة(2).

### ـ معيار الحركة والجمود

**208.** عندما يسقط إنسان من فرط الحرارة ويرتطم بقناة تسخين فتحرقه في بدنه، فهل يمكن الحديث هنا عن فعل القناة؟[764]، أو عندما ينزلق على أرضية حمام رطبة[765]، فهل يمكن الحديث عن فعل أرضية الحمام، والحال أنها في وضعية جامدة؟

---

actionnée par la main de l'homme ; Cf pour le droit tunisien, C.A. Tunis, 13 décembre 1960, R.T.D. 1963, p. 113, note Cabrillac.

[762] تعقيبي مدني عدد 9350 في 12 نوفمبر 1972، م.ق .ت.1972، ص.52.

[763] خليل جريج.ج. I، مصدر مذكور، ص. 268 .

[764] Civ. 19 Février 1941, D.C 1941, 85, note Flour ; Civ. 24 Février 1941.Sirey. 1941, 4, 201, note Esmein.

[765] تعقيبي مدني عدد16725 مؤرخ في 6 جوان 2002 غير منشور، سبق ذكره.

الإجابة اقتضت تفرقة بين الأشياء المتحركة والأشياء الجامدة. فبالنسبة للأولى، يبقى المبدأ أن الأشياء التي تكون في وضعية حركة تتسبب في الضرر، وتكون ذات دور سببي. والحديث عن فعل الشيء فيها منطقي ومستساغ. وبالنسبة للثانية، يبقى أيضا أن الأشياء الجامدة والثابتة منزوعة عن أي رباط سببي، فلا حديث في شأنها عن فعل الشيء. فعند سقوط حريف على أرضية مغازة دون وجود ما يبرر السقوط، فلا مسؤولية على المغازة، وذلك لدورها السلبي[766]. وفي هذا امتداد للمواقف التي نفت عن الشيء غير المتحرك كل فعل أو دور سببي في إحداث الضرر. ويبرز ذلك ـــ إذا بنيت المسؤولية الشيئية على قرينة الخطأ ـــ خطأ المتضرر واستغراقه العلاقة السببية. وإذا ما تم الاستناد على نظرية التبعة، فإن سلوك الحافظ لا يعرض المتضرر للخطر[767].

**209**. ولكن الوضيعة الجامدة لم تبق وضعية تتعارض مع تصور فعل الشيء. ففي الموقف تفريق يذكر بالتمييز بين الأشياء الخطيرة وغير الخطيرة، وهو تفريق يتجافى مع الصيغة العامة للشيء وفعله. وبينت محكمة التعقيب ذلك بكل وضوح، لتضرب صفحا عن التفرقة بين الشيء المتحرك والجامد، لتحميلها النص أكثر مما فيه"[768]. فالشرط الجوهري لإعمال أحكام المسؤولية على معنى الفصل المذكور، هو وجود رابطة سببية بين فعل الشيء الذي هو في حراسة حافظه، وبين من تسلط عليه ذلك الفعل. بمعنى أن يكون تدخل الشيء إيجابيا في حصول الضرر وليس سلبيا، على أن الصفة السلبية أو الإيجابية لتدخل الشيء في حصول الضرر ليست مرتبطة بحالته من حيث

[766] Civ. 29 mai 1997, R.T.D. Civ. 1997, p. 141 obs. Jourdain.
[767] Four et Alii, n° 249, p. 306.
[768] تعقيبي مدني عدد 41903 مؤرخ في 1 أكتوبر 1996، ن، ص. 418.



الحركة أو السكون، وإنما بالتحقق من وجود الشيء في وضع نظامي مألوف أم غير مألوف عند حصول الضرر[769]. وكان القضاء الفرنسي تخلى عنه لعدم تمييز الفصل 1384 ف. 1 في صيغته بين الشيء الجامد والشيء المتحرك[770]. وتم قبول فعل الشيء الجامد، أي مساهمته السببية الإيجابية، إذا كان في وضعية شاذة أو غير عادية Position anormale. وعلى المتضرر أن يتحمل إثبات هذا الدور السببي، أو الدور الإيجابي للشيء في حصول الضرر[771].

وتبعا لذلك فإن شركة الكهرباء والغاز مسؤولة عن فعل الأسلاك الكهربائية التي تسبب في صعق المتضررين، إذا كانت في وضعية شاذة، كأن تكون ملقاة على الأرض، أو غير مثبتة وفق المواصفات الفنية التي ضبطتها النصوص الترتيبية[772]، ولا يشفع وضعها السلبي في استبعاد فعلها الإيجابي في تحقيق الضرر.

وتقوم القرينة على انتفاء الدور السببي للشيء غير المتحرك، وتقوم القرينة على وجود ذلك الدور عندما يكون في وضعية شاذة. وينتج عن ذلك تحمل إثبات عكس ذلك بالتوالي على المتضرر في الحالة الأولى، والحافظ في الحالة الثانية.

[769] مؤرخ في 21 جوان 2002 غير منشور، الضرر نجم عن اصطدام دراجة نارية بمؤخرة شاحنة كانت متوقفة تنتظر حقها في أولوية المرور، وهو ما يعني أن الشاحنة كانت في وضعية نظامية مألوفة، "وهو ما ينفي عنها التدخل الإيجابي في إلحاق الضرر... وبالتالي فلا وجود لعلاقة سببية بين فعل الشيء والضرر...".
[770] Civ. 24 Février 1941, D. C. 1941, I, 85, note Flour; G.A.J.C. 2000, T. 2, n°200. L'article 1384 al 1, ne distingue pas suivant que la chose est inerte ou en mouvement.
[771] Cass.Civ. n° 9350, 20 novembre 1972, B.C. 1972, p. 52 .R.T.D., 1979, II, p. 131, note Mme Soukeina Bouraoui.
[772] تعقيبي مدني عدد 65312 مؤرخ في 28 جانفي 1997 ، ن. ج. I ص. 127.

**210.** ولكن استقراء فقه القضاء يمكّن من مراجعة هذا الأمر. فبعض القرارات الحديثة تقوم على افتراض الدور السببي للشيء الجامد دون اشتراط لسلوك غير طبيعي أو لوضع شاذ. وعلى الحافظ تحمل إثبات غياب فعل الشيء. ويتجلى ذلك في القرار عدد 16463[773]، حيث ترتبت مسؤولية شركة الكهرباء والغاز على أساس فعل الشيء، وبالتحديد فعل الخط الكهربائي المار فوق السطح، بعد أن صعق الهالك دون بيان وضعيته الشاذة. وعالجت محكمة التعقيب مسألة تفصّي الحافظ، تحميلا له لفعل الخط عالي الضغط. وهذا دليل على أن إثبات الدور السببي للشيء الجامد محمول على حافظته شركة الكهرباء والغاز[774].

ويتجلى نفس الاتجاه كذلك عند انزلاق على أرضية الحمام، دونما بيان العوامل التي أدت له لتعالج محكمة التعقيب مسألة التفصّي مباشرة، مؤكدة أن قضاء الأصل أكد عدم تبليط الأرضية بمواد تمنع الانزلاق، مما يجعل التحلل منعدما. ولعلّ ذلك يؤدي إلى قيام فعل الشيء عندما يكون مهيأ للتسبب في الإضرار، حتى ولو كان في وضعية جمود[775]. ويتمادى هذا الاتجاه في اعتماد الدور السببي للشيء غير المتحرك بالنسبة لحاويات سقط فيها طفل، لأن حراستها تقتضي تكليف من يشرف عنها[776]، وكذلك لحفر المقطع التي هوى فيها أعمى، لأنه "طالما أن المقطع لم يكن مسيّجا ومحميّا بشكل كاف، فإن دوره الإيجابي في إلحاق الضرر بالغير قد توفر". واستخلصت المحكمة هذا الدور

773 تعقيبي مدني عدد 16463 في 2002.6.14، غير منشور.

774 وفي القرار عدد 20460 مؤرخ في 21 أكتوبر 2002، غير منشور، بينت محكمة التعقيب التركيز غير العادي لخطوط الضغط العالي، ومخالفة قواعد السلامة الفنية.

775 تعقيبي مدني عدد 41384 في 12 نوفمبر 2009، غير منشور. وهو قراريتعلق بسقوط في حمام. ورأت "أن العلاقة السببية لا تستوجب أن يكون لموضوع الحفظ في حالة وجوده تدخل نشيط، ويكفي أن يكون لوجوده ولو في حالة جمود علاقة إيجابية ومباشرة بحصول الضرر سواء بالنظر إلى مكان تواجده أوطبيعته."

776 تعقيبي مدني عدد 16479 مؤرخ في 24 جوان2002، غير منشور.



من طبيعة الشيء. فلئن كان "مقطع الرمال ليس من الأشياء الخطيرة بطبيعتها كالآلات الميكانيكية، لكن قد تصبح خطيرة في ظروف وملابسات معينة".

**211.** هذا السياق القضائي يحقق الدور السببي للشيء الجامد ويضع قرينة لصالح المتضرر. وعلى الحافظ أن يتولى إثبات غياب العلاقة السببية. وقد يكون الخطر المحتمل من الشيء، وما يمكن أن يحققه من ضرر، الحجة التي تفسر هذا التطور للرؤية القضائية لفعل الشيء. وقد لا يكون التمييز هذا قائما، ففعل الشيء مفترض أساسا، وعلى الحافظ نفي ذلك الافتراض[777].

وقد سار القضاء الفرنسي بوضوح في نفس هذا الاتجاه. فقد تحول في مرحلة أولى عن موقفه التقليدي الذي ينتفي من خلاله الدور السببي للشيء الساكن. فلم يقرن بعد ذلك بين وضعية الجمود وفقدان فعل الشيء. وأصبح يقيم قرينة لوجود فعل الشيء يتحملها الحافظ ويتحمل معها إثبات غياب ذلك الفعل. فالارتطام بواجهة بلّورية[778]، والارتطام بصندوق بريد مثبت وفق مواصفات مألوفة[779]، أو بعمود من الإسمنت المسلح[780]، لا تنفي فعل الشيء بل تفترضه في جانب الحافظ.

وتكون السببية مادية صرفة. فالفعل لا يقتضي مسبقا التحقق من الوضع النظامي للشيء غير المتحرك، إذ يقوم على مساهمته حتى وان كان وضعه

777 تعقيبي عدد 27605 المؤرخ في 23 سبتمبر 2003، سابق الذكر، أكدت محكمة التعقيب أن الفصل 96 لا يفترض تدخلا إيجابيا من الشيء، و يقتصر النظر على حصول الضرر من الشيء ذاته دون أدنى التفات لوضعه. و قد يكون القرار متأثرا بخصوصية وقائعه (سقوط فتاة من شاحنة تعلقت بها ثم تخلت عن ذلك لوحدها). والراجح أنه يستمد من الضمان الذي استهل ذكره في الحيثية تصورا جديدا للسببية.

778 Civ 2 ème 29 Avril 1998. RTD.civ. 1998, p. 913, obs. Jourdain.

779 Civ 2 ème 25 Octobre 2001, D. 2002, I, 1450, note Prat.

780 Civ 2 ème 18 Septembre 2003, D 2004, I, p. 25 note Damas; J.C.P. 2004, I, 101, n°5 obs. Viney.

عاديا ومألوفا[781]. ولكن القضاء الفرنسي تراجع نسبيا عن هذا الموقف ليشترط الوضع الشاذ للشيء غير المتحرك[782].

**212.** وبالرجوع إلى أساس المسؤولية، أمكن لبعض الفقهاء الربط بين الوضعية الشاذة والخطأ. فالخروج عن المألوف هو بالنسبة للشيء دليل على خروجه عن المألوف في السلوك، وإثبات للخطأ من خلال ذلك. والبرهنة على الدور السلبي من خلال الوضعية العادية يقوم في الحقيقة على إثبات غياب الخطأ[783]. ولكن هذا الأساس لم يستقطب لوحده أقلام الفقهاء، لأن نظرية التبعة بررت كذلك مواقف فقه القضاء. فإثبات الوضعية الشاذة للشيء ينبني على إثبات الخطر المستحدث للغير، ويعني ذلك تحمل التبعة بالنسبة للغير[784].

**213.** ويبقى النقاش مفتوحا لمعرفة ما إن كانت محكمة التعقيب تتولى الوصف القانوني للوضعية الشاذة، أم أنها تجعل منها مسألة وقائع تخضع لسلطان قضاة الأصل دون رقابة عليهم منها؟ فالتمعن من القرارات التونسية يبرز اعتبار الأمر مسألة واقعية في بعض القرارات[785]، ويظهر أيضا أن محكمة التعقيب تتولى الوصف القانوني لمفهوم النظام غير المألوف للشيء في بعض قرارات أخرى[786].

---

781 S. Godechol, note sous civ. 2,11 décembre 2003, I, 2004, J. p. 2181, s. p. 2182.

782 Civ 2ème , 11 décembre 2003, préc.

783 Flour , Aubert et Savaux, op.cit, n°279,

784 F.Leduc, « L'état actuel du principe général de la responsabilité délictuelle du fait des choses », in La responsabilité du fait des choses, préc. p. 43.

785 قرار عـ16463ـدد مؤرخ في 2002.6.14 سابق الذكر، المتعلق بمسؤولية شركة الكهرباء والغاز ، وقد أوضحت المحكمة أن قضاة الأصل استخلصوا من الوقائع تعليلا يخرج عن أنظار محكمة التعقيب.

786 قرار عـ72484ـدد مؤرخ في 2002.2.11، سابق الذكر.



ونلمس نفس الاختلاف لدى محكمة التعقيب الفرنسية. ففي قرار 7 ماي 2002[787]، أوضحت أن قضاة الأصل استنتجوا من الوقائع ما يثبت فقدان الفعل السببي. وهو موقف غالب يتبوأ منصب المبدأ في هذه المسألة. وعلى خلافه، وبشكل استثنائي، تتولى محكمة التعقيب الفرنسية مراقبة وصف الوضعية غير العادية للشيء[788].

ويحتاج فعل الشيء إلى عرض مشكلة أخرى، تقوم على اشتراط الملامسة أو عدم اشتراطها لتحقيق الفعل السلبي.

### ـ معيار الملامسة والاتصال

**214.** يقتضي فعل الشيء اشتراط الاتصال والملامسة بين الشيء وموطن الضرر. وهي سببية تثبت العلاقة بينهما بشكل مادي. وتتجلى في الجرح الذي تلحقه سيارة أو حجر يرتطم بجسم المتضرر. ولكن هذا المعيار لم ينزّه عن النقد. فعديد الوضعيات تحقق الفعل السببي حتى عند غياب الملامسة والاتصال. وهناك شواهد سابقة لانطباق قانون حوادث السير المؤرخ في 15 أوت 2005. فعندما تبهر سيارة أخرى قادمة من الاتجاه المعاكس فتصطدم بشخص أو تصاب بأذى لارتطامها بشجر، أو عندما تقف فجأة، فتنحرف عربة قادمة من ورائها وتصاب بضرر، فإنه من العسير نفي فعل السيارة المبهرة أو السيارة المتوقفة فجأة، والقول بغياب الدور الإيجابي السببي، رغما عن فقدان

---

787 Civ 2ème. 7 mai 2002, D. 2003, J, note Sousen. p. 461. obs. Jourdain.

788 Civ 2ème. 25.10.2001, préc. et les observations Jourdain ; R.T.D.Civ 2002, p.108 : En statuant ainsi alors qu'il résultait de ses propres constatations que la boîte aux lettres avait été de par sa position, l'instrument du dommage, le tribunal avait violé le texte sus-visé.

الملامسة والاتصال بين الشيء وموطن الضرر[789]. وقد تكون الملامسة غير مباشرة. فالسيارة التي تضغط عند مرورها على حجر في المعبد فتقذفه في اتجاه أحد المارة فتصيبه لها دور سببي إيجابي[790].

215. والنتيجة المنبثقة عن عدم الملامسة، تحمّل المتضرر إثبات فعل الشيء ومساهمته في الضرر[791]. ولا ينفي حصول الملامسة غياب فعل الشيء. فإذا تأرجح طفل في عمود فسقط عليه فقتله فإن الدور السببي للعمود ينعدم نظرا لأن فعل المتضرر استوعب كل العلاقة السببية[792].

والخلاصة أن فعل الشيء يعني الدور السببي في إحداث الضرر، ولابد كذلك من توفر شرط الحفظ لقيام القرينة عن المسؤولية الشيئية.

### ج ـ الحفظ : La garde

216. تطرق الفصل 96 م إ ع إلى مصطلح "الحافظ"، ويترادف مع مصطلح الحارس في الفصل 131 لبناني ونظيره المصري. أما الفصل 1384 ف 1 م.م. فرنسية، فهو يتعرض إلى مصطلح الحفظ. وهو مصطلح جوهري، خاصة بعد أن تأكد أن المسؤولية الشيئية تتعلق بالحفظ ولا تتعلق بالشيء[793].

---

789 تعقيبي مدني عدد 16141 مؤرخ في 12 جوان 2002، لم يتعرض القرار لهذه الإشكالية، رغما عن أن الوقائع سانحة لذلك، ولكن دعوى المسؤولية لم تشمل السيارة التي كانت وراء المناورة المؤدية للحادث.

790 في القضاء الفرنسي. أرست محكمة التعقيب القاعدة في قرار مبدني،
Civ 1, 2ème Février 1940, D.1941, p.101, note Savatier. « L'absence de contact entre la chose et le dommage n'est pas nécessairement exclusive du lien de causalité ». Aussi Req.19 juin 1945. JCP. 1946, 3099, note Rodière.

791 Malaurie, Aynés et Stoffel-Munck, n° 192, p.98.

792 تعقيبي مدني مؤرخ في 1997.12.3، ن. ج. II، ص. 122.

793 ويذكر هذا بنفور القضاء الفرنسي عن تقسيم الأشياء بين خطيرة وغير خطيرة، ليقرن المسؤولية الشيئية بالحفظ بعد قرار جاندور لسنة 1930. وقد سبق ذكره.



وبعني هذا أن النقاش يهدف إلى معرفة ضد من تقوم قرينة المسؤولية الشيئية من خلال تحديد مفهوم الحفظ (1). وقد تم ذلك على ضوء نظريتين تقليديتين أثرتا تعريف الاصطلاح، ولم تبقيا لوحدهما المرجع الحصري لهذا المفهوم المتطور (2)، والذي بقي نطاقه موضع جدل في بعض التطبيقات (3).

### 1 ـ مفهوم الحفظ [794]

مساءلة الحافظ عن فعل الشيء يرتبط جوهريا مع ركيزة أساسية في المسؤولية، قوامها أنها تنبني على السلطة وممارستها[795]. ففعل الشيء يرتب مديونية من كان مقتدرا على منعه ودرئه عن الغير. ولتحديد من كان الأمر بيده لوجود الشيء في حقل سيطرته وتأثيره، قام اختلاف فقهي في تحديد الحافظ. وانطلق من توفر هذه الصفة لدى المالك وتحققها عنده، ومن مدى اقترانها بالحوز، ليعتبر الحائزحينها حافظا للشيء كذلك[796]. وبرزت للإجابة على ذلك نظريتان، نظرية الحفظ القانوني ونظرية الحفظ المادي.

217. نظرية الحفظ القانوني La garde juridique

تقرن هذه النظرية بين الحفظ وصاحب سند قانوني على الشيء مثل الملكية والكراء[797]. فهو مفترض لدى المالك، ويتجسم في سلطة قانونية يمارسها بصفته تلك على الشيء موضوع ملكيته. وترتبط الصفتان، صفة

---

794 Tunc, « La détermination du gardien responsable du fait des choses inanimées », J.C.P.,1960,1592.

795 Ph. Brun, op.cit., n° 368, p.233.

796 التعريف الدقيق للمصطلحين جاء في قرار تعقيبي جزائي عدد 16716 مؤرخ في 8 ديسمبر 2007، ن. ج. 128. تعقيبي مدني عدد 17690 بتاريخ 28 أكتوبر 2010 صادر عن الدوائر المجتمعة، غير منشور .

797 Ph. Brun, op.cit., n° 368, p.233.

المالك وصفة الحافظ[798]، بقرينة تجعل الحفظ لصيقا بالمالك عند ممارسته الاستعمال لذلك الشيء بشكل مستقل. فالأصل في الحراسة ، حسب الدوائر المجتمعة" أنها حراسة قانونية بمعنى أن ترتبط بملكية الشيء نشأة وإحالة ونقلا وسقوطا وانقضاء، بل إنها مفترضة في الملكية. وحكمها أن الحارس هو المالك، إذا استعملت السيارة بإذنه"[799]. ولذلك فإن المتضرر يكتفي بإثبات الملكية دون إثبات لسلطات الحفظ، فيخفف عبء إثباته بتغيير موضوعه[800]. ولا تنتقل إلا بعمل ناقل لتلك الملكية مثل الهبة والبيع، أو بالإحالة القانونية، بمقتضى عقد، لسلطات الحفظ. فأوردت محكمة التعقيب دون لبس، أن الحارس"لا يفقد هذه الصفة في صورة السرقة أو استعمال العربة دون علمه، فقط يتنحى عنه هذا التكليف إذا تخلى عن الحراسة أو أحالها إلى الغير بصورة قانونية مثل صورة الاستعارة او الكراء أو الوديعة"[801]. وأضافت الدوائر المجتمعة أن فقدان هذه الصفة لا يتنحى عنه إلا "إذا تخلى عن الحراسة *بنيّة تركها* أو أحالها إلى الغير طوعا بصورة قانونية، مثل صورة الاستعارة أو الكراء أو الوديعة أو الرهن، أي لا بدّ من توفر العقد القاضي بإحالة التصرف المالي إلى الغير حتى يفقد المالك الحراسة، وهو ما يفترض توفر *نية المالك* في إحالة الحراسة. فطالما لم يصدر عن المالك عمل قانوني من شأنه نقل الحراسة إلى الغير، يبقى المالك هو الحارس، ولو أن العربة استعملت بدون اذنه أو سرقت منه أو انتزعت منه قهرا". ويقترب القضاء بهذه النظرية من نظرية التبعة التي تحمل المالك الأضرار الناجمة عن أشيائه. ويلتقي تحليل قرار الدوائر المجتمعة مع موقفه من تفسير عقد التأمين وتغطيته لبعض

798 وأوردته محكمة التعقيب بوضوح، "وينحدر من الحراسة القانونية أن الحارس هو المالك"، تعقيبي جزائي عدد 16716 مؤرخ في 8 ديسمبر 2007 ن ج، 128.

799 تعقيبي مدني عدد 17690 بتاريخ 28 أكتوبر 2010، صادر عن الدوائر المجتمعة، غير منشور.

800 Marty et Raynaud, Les obligations, Sircy 1988, n° 500, p. 593.

801 تعقيبي جزائي عدد 16716 مؤرخ في 8 ديسمبر 2007، ن. ج.128.



المخاطر، ليلتقي تعريف الحافظ مع وجود المؤمن ويتأثر بأحكام قانون التأمين[802].

## 218. نظرية الحفظ المادي La garde matérielle

أمّا نظرية الحفظ المادي فهي تقرن بين الحيازة المادية والسلطات التي تمارس على الشيء[803]، فترتبط بينهما علاقة فعلية تتجلى من خلالها صفة الحافظ[804].

وتقيم هذه النظرية الحفظ على السلطة وقدرة حائز الشيء أو واضع يده عليه في منعه عن التسبب في الإضرار[805]. وإذا كانت النظرية الأولى تنطلق من صفة المالك، فإن النظرية الثانية تبحث عن الذي يستقل في استعمال الشيء بسلطة تتجسّم من خلال الاستعمال والتوجيه والتسيير. ويتم تقدير ذلك لمعرفة توفر تلك السلطة وكذلك انتقالها. وكان للقضاء تعريف واضح لهذا النوع من الحفظ، بدوائره المجتمعة[806].

802 انظر فيما سيأتي الفقرة 383 ، و القرار التعقيبي المدني، دوائر المجتمعة عدد 29013 في 15 ماي 1997 ، قرارات الدوائر المجتمعة 1997.1996، ص. 28.

803 Viney et Jourdain, Les conditions de la responsabilité,3 ème éd. L.G.D.J. 2006, n°677, p.650, n°681, p. 650 .

804 وقد فرقت الدوائر المجتمعة بين الحفظ القانوني الذي يجمع بين العنصرين المادي والمعنوي للحق، والحفظ المادي الذي يتأسس على العنصر المادي فقط. وفي هذه الرؤية استلهام من احكام الحوز وعنصريه و لم يفصل بوضوح بين المفهومين.

805 المراجع السابقة.

806 تعقيبي مدني عدد 17690 بتاريخ 28 أكتوبر 2010، سابق الذكر:" وحيث أن الحراسة الفعلية تختزل في سلطة التوجيه والإدارة والاستعمال بصرف النظر عن المالك أو الحائز القانوني، أي أن العنصر المادي يكفي القول بالحراسة. وحكمها أن المالك لا يعتبر حارسا إذا انتزعت منه الحراسة أو سرقت منه الوسيلة أو استعملت بدون إرادته، وتنتقل الحراسة إلى الطرف المسيطر بصفة فعلية على الشيء ، إلى القاصر والتابع ، وحتى في صورة إحالة الحراسة بعقد فإن الحراسة لا تنتقل إليه إذا بقيت السيطرة الفعلية تحت يد المحيل". ومن قبله أيضا، تعقيبي جزائي عدد 16716 مؤرخ في 8 ديسمبر 2007، سلبق الذكر:" تختزل الحراسة الفعلية في سلطة التوجيه والإدارة والاستعمال بصرف النظر عن المالك أو الحائز القانوني".

فكيف تفاعل القضاء معها؟ استئناسا بالقضاء الفرنسي، كان الترجيح بين النظريتين – الحفظ القانوني والفقه المدافع عنها من خلال مواقف Mazeaud، والحفظ المادي ومواقف Capitant، لصالح نظرية الحفظ القانوني، خاصة من خلال قرار Franck[807] لسنة 1936، عندما تمت مساءلة المالك عن الضرر الذي ألحقته سيارته لما كان مختلس يتولى قيادتها. ولكنها تخلت عنها لصالح الحفظ المادي، بعد تمسك محكمة الإحالة بانتقال الحفظ إلى الحائز المادي له، واستقرار الدوائر المجتمعة لديها على تعريف الحفظ المادي بسلطات الاستعمال والتسيير والمراقبة [808]، مجتمعة وممارستها بشكل مستقل.

**219.** مزج القضاء بين النظريتين، واعتمد عليهما معا. وقد كان ركن إلى النظرية المادية للحفظ ،وعرفها أنها ممارسة لسلطات الاستعمال والتسيير والتوجيه[809]. وكرر موقفه في قرارات لاحقة[810]، ليقرر أن مقاولة الشحن والتفريغ حارسة بالمفهوم المادي للبضاعة التي تنزلها من الباخرة. وتبقى كذلك طالما أنها لم تثبت إيداع تلك البضاعة لدى مخازن ديوان الموانئ البحرية[811]. ولم يقطع هذا الاعتماد حظ النظرية القانونية للحفظ في التطبيق، بل لعلها أوفر نصيبا في رجوع القضاء إليها[812]، فقرن من خلالها صفة المالك بصفة الحافظ، طالما لم يثبت انتقالها للغير[813]. وتكون تبعا لذلك شركة الكهرباء والغاز

---

[807] Civ. 3 mars 1936, DP. 1935, p. 81, note Capitant.

[808] Pouvoir d'usage de direction et de contrôle: Ch. réunies 2 déc 1941, D.C.1942, p. 25 note G.Ripert, S. 1941.1.217 note H. Mazeaud, JCP.1942, II, 1766, note Mimura .

[809] تعقيبي مدني في 24 أوت 1961، م. ق. ت. 1962، عدد 3، ص. 53 .

[810] تعقيبي مدني عدد 9334 في 14ماي 1984، ن. I ص. 337 .

[811] تعقيبي مدني 57513 في 16أفريل1997، ن. II، ص. 192.

[812] تعقيبي مدني 6833 في 25 جوان 1970، م. ق. ت. 1970، ص 73. جنائي عدد 25820 في 31 جانفي 1990، ن. ج. 1990، ص. 47.

[813] تعقيبي مدني عدد 7284 في 23فيفري1970 ، م. ت ق 1972 ص 195.



الحافظة للأسلاك الكهربائية، والملزمة بصيانتها بعد تركيبها[814]، والحافظة أيضا للعداد[815]، تماما كما هو الشأن لشركة توزيع المياه[816]. ويعد منتزه الألعاب حافظا قانونيا للسيارات التي يمتطيها الزوار[817]. ويصدق على مرجعية القضاء في تحديد الحافظ نظره إلى المؤمّن عن أخطار فعل الشيء، وأخذه بالاعتبار لضبط الحافظ تغطية التأمين[818]، فتنجرّ عن ذلك مرونة في إعمال مصطلح الحفظ بميزته القانونية.

**220.** وينعكس هذا على قضية انتقال الحفظ وانتقال صفة الحافظ. ويتم ذلك بتقدير مدى ممارسة السلطات على الشيء بشكل مستقل يجمع التسيير والتوجيه والاستعمال[819]. ويتراوح ذلك التقدير بين وجود فعل مادي أو علاقة

---

[814] تعقيبي مدني عدد55014، في 22 أكتوبر 1996، ن، ص.396، مدعما موقفه بأحكام الفصلين 7 و 12 من الأمر المؤرخ في 17 جانفي 1964. كذلك تعقيبي مدني عدد 56312 في 28 جانفي1997 ن، ج.II، ص. 127. تعقيبي مدني عدد 16463 في 14جوان2002، غير منشور. تعقيبي مدني عدد 20460 في 21أكتوبر2002، غير منشور.

[815] تعقيبي مدني عدد 16463 في 14جوان 2002 غير منشور. في حين أن الإمدادات الداخلية تكون في حفظ صاحب العقار. جريح. المصدر المذكور، ص. 26.

[816] تعقيبي مدني عدد 43723 مؤرخ في 20 سبتمبر 1994، ن، ص. 445. أما شبكة المياه من قنوات. فهي في حفظ الشركة القومية لاستغلال وتوزيع المياه، حتى تلك التي تتعطب وهي مارة من أرض الغير، تعقيبي مدني عدد 5050 مؤرخ في 11 نوفمبر1982، ن،ج1. ص. 78.

[817] تعقيبي مدني عدد 2722 في 5 سبتمبر 2003، غير منشور .

[818] وهو مؤشر عن توظيف لهذه المسؤولية لتقترب من الغاية التعويضية للمسؤولية المدنية عموما، ومؤشر كذلك عن رؤية لا تربطها بالخطأ .
Viney et Jourdain,op.cit. n°675, p. 729. « Si en effet, on admet une responsabilité du fait des choses, complètement détachée de la faute et liée à l'assurance, on est tout naturellement porté à désigner comme « responsable », c'est à dire comme « gardien » celui qui est le plus apte à prendre l'assurance, c'est à dire dans la très grande majorité des cas, le propriétaire de la chose »…
Dahdouh Habib, « L'évolution de la responsabilité du fait des choses en droit Tunisien », RTD. 1996, p.32.
وتعقيبي عدد 16725 في 6 جوان 2002، "الحمام الذي هو في حفظ صاحبه مستأمن الطاعنة". تعقيبي عدد 60782 في18 مارس 1999، سابق الذكر "ان الدراجة النارية وسيلة الحادث راجعة بالملك للميكانيكي وهو مكتتب العقد، وهو المؤمن (بالفتح)، فحفظ الدراجة النارية المرتكب بها الحادث لم يخرج من يده". اظر الفقرة 217.

[819] Flour et Alii n°255, p.317s.

مادية تضع الشيء بين أيدي شخص آخر، وبين علاقة تعاقدية تتركه بين أيدي منتفع أو مستعير أو مدين بإصلاح أو بأعمال ترميم.

ولا ينتقل الحفظ عند استعمال الشيء بإذن صاحبه[820]، طالما لم تثبت إحالة قانونية للغير[821]، تظهر منها إرادة تحويل الحراسة له، «وفكرة إدارة الشيء وتوجيهه إلى الغير الذي يضع يده عليه ويستلم "ذمامه"[822]. فيكون ترك المفاتيح عند الابن إذنا لسياقة السيارة، لا ينقل له الحفظ الذي يبقى عند مالكها[823]. أمّا إذا كان الغير قد وضع يده على الشيء بسلطة مستقلة، كأن رفع أنقاضا كانت في منشأة، فإنه يصبح حافظا ماديا بوضع يده على الأنقاض وتولي نقلها على شاحناته بواسطة عمّاله[824]، بعد أن كانت تحت إمرة مالكتها. ويجمع هذا القرار صفة الحافظ بمدلوليها المادي والقانوني عند نفس الشخص، ذلك أن تكليفه بالقيام برفع الأنقاض بمقتضى عقود يؤدي إلى سيطرته عليها بصفة مستقلة.

وينتهي تحليل أثر العقود على العلاقة بين المعاقد والحافظ إلى ضبط انفراد المعاقد بممارسة سلطته واكتسابه لصفة الحافظ. فتؤدي عقود الرهن والإجارة والإعارة والوديعة إلى تسليم الشيء وانتقال الحراسة[825]. ولذلك فإن "نية المالك" في نقل الحفظ لايبدو، كما انتهت إليه الدوائر المجتمعة، معيارا فيصلا في انتقال الحفظ. فالبائع يعد الحافظ قبل التسليم[826]، وإن انتقلت الملكية

---

820 تعقيبي جناني 25820 في 31 جانفي1990، ن. ج. 1990، ص. 47.

821 تعقيبي مدني عدد 7284 في 23فيفري1970، م. ق. ت. 1972، ص. 195.

822 جريج. ص. 262 .

823 تعقيبي مدني عدد 59056 في 24 في فيفري 1999، غير منشور.

824 تعقيبي مدني 18205 في 22 أكتوبر 2002 ، غير منشور.

825 تعقيبي جزائي عدد 16716 مؤرخ في 8 ديسمبر 2007، سابق الذكر. تعقيبي مدني عدد 17690 بتاريخ 28 أكتوبر 2010 صادر عن الدوائر المجتمعة، سابق الذكر.

826 Civ. 2e, 13 nov. 2008, Res. Civ. et ass. 2009, comm. n° 7, obs. Groutel.



قانونا إلى المشتري[827]، مع نية المالك في التفويت. والقول حينئذ أنه" إذا تقرر نقل الحراسة بعقد، عندئذ تنقل الحراسة إلى المحال له ولو بقيت السيطرة المادية تحت يد المحيل"، رأي غامض، حتى وإن كان عزم القرار استبعاد الانتقال غير الإرادي للحفظ، بالانتزاع والسرقة والمفاجأة. وقد جاء – رغما عن صياغة تطمح إلى الارتقاء به إلى مركز القرار المبدئي – ، مصطبغا بعلاقة مالك السيارة ومصلحها.

221. وتنطوي علاقة المالك بمصلح السيارة على مناقشة انتقال الحفظ إليه أم بقائه لدى مالك السيارة. واتسم القضاء فيها بتردد واضح زادته حدّة منازعة شركات التأمين في تغطية المخاطر. فقد اقتضى قانون التأمين المؤرخ في 30 جانفي 1961 وجوب تأمين العربات ذات محرك، وحمّل المالكين ذلك ورتّب عن المخالفة عقابا جزائيا. وألزم الفصل الأول من فقرته الثانية من الأمر عدد 80 لسنة 1961 المؤرخ في 30 جانفي 1961 أصحاب مستودعات السيارات والأشخاص المتعاطين للسمسرة والبيع والإصلاح أو الإسعاف أو مراقبة حسن سير العربات، بتأمين ما يترتب عن مسؤوليتهم الشخصية ومسؤولية الأشخاص الذين يعملون بمكان استغلالهم ومسؤولية الأشخاص المكلفين بحراسة أو سوق العربة بموجب رخصة منهم. وانكبّ القضاء على تحديد شركة التأمين التي تؤدي للمتضرر التعويض[828]، دون ان يغيب عنه

---

827 وحيد الدين سوار، ف. 785، ص. 180.

828 توخت محكمة التعقيب اتجاها اهتم بتفسير نطاق التأمين بالنسبة للميكانيكي وكان منه اتجاه ضيّق حصرذلك النطاق عند المخاطر التي تحدث في مكان استغلال النشاط للمصالح وفي حدود ذلك النشاط (تعقيبي مدني عدد 3002 مؤرخ في 6 مارس1979 ). أما المخاطر التي تحصل عند حادث سير فتعويضها على شركة التأمين المالك السيارة. ولذلك فإن وجود شرط توقيف العمل بالعقد عند تسليم السيارة إلى الإصلاح لا يعارض به الغير. والاتجاه الثاني يطلق تفسير الفصل الأول ويجعل شركة تامين المصلح مطالبة بالتعويض عن المخاطر سواء حصلت في المستودع أو خارجه (تعقيبي مدني عدد 13151مؤرخ في 14 نوفمبر 1991) والشق الأخير حمل تامين مالك السيارة تغطية الأضرار دون حصر ذلك عند الشركة المؤمنة للمصلح. تعقيبي مدني عدد 3482 في 17

تحديد الحافظ. وللقضاء في هذا الأمر مشارب شتّى. فمجرد تسليم السيارة إلى صاحب الورشة ناقل للحفظ. ويكون مسؤولا عن الأضرار التي تسببت فيها السيارة[829]، وينجرّ عن ذلك عدم إمكانية مساءلة مالك السيارة على معنى الفصل 96 م ا ع.

**222.** وكان تنافر الحلول في تحديد شركة التأمين المتحملة للتعويض عن الأضرار، جرّ الدوائر المجتمعة إلى لمّ شمل الدوائر في محكمة التعقيب لتوفر حظوظا كاملة للمتضرر بتمكينه من الخيار بين القيام مباشرة ضد شركة التأمين مؤمنة الورشة أو ضد شركة تأمين المالك. فلا شيء يمنع من تكامل المسؤولين عن التأمين، أو توفر تأمنين لنفس الخطر. ويحقق التضامن بين شركتي التأمين أوفر الفرص لضحايا حوادث المرور في التعويض[830]. ولم يبين هذا القرار جليا موقفه من انتقال الحفظ. والراجح أن سياق هذا القرار يندرج في الاتجاه الذي يقرّ ببقاء الحفظ القانوني للمالك وانتقال الحفظ الفعلي للمصلح، فيبقيان معا حافظين للسيارة دون اتحاد نوعية الحراسة لديهما[831]، قبل أن تغير الدوائر المجتمعة رأيها في 28 أكتوبر 2010.

**223.** وأصدرت الدوائر المجتمعة قرارا آخر سابقا في نفس الإشكال[832]، مع تغيير في التعليل. فالحادث "المرتكب أثناء جولان السيارة بالطريق العام من قبل الميكانيكي المكلف بإصلاحها أو أحد مأموريه يغطيه عقد تأمين مالك تلك السيارة وذلك بمقتضى وجوبية تأمين المسؤولية المدنية التي أقرها القانون عدد

اكتوبر 2000، ن ج. ص.132، تعقيبي عدد 50478 في 02 جويلية 1996، ن.1996، ص. 221، تعقيبي مدني عدد 54450 في 01 اكتوبر1996، ن. ص. 236.

829 تعقيبي مدني عدد 74172 مؤرخ في 19 اكتوبر 1999.

830 دوائر مجتمعة عدد 63406 في 25 جوان1998، قرارات الدوائر المجتمعة 1998/1997، ص.23.

831 تعقيبي مدني عدد 3482 بتاريخ 17 أكتوبر 2000 ، ن. ص. 132.

832 تعقيبي مدني عدد 7457 في 23 أكتوبر 2003، قرارات الدوائر المجتمعة 2002-2003، ص. 139، مع ملحوظات الإدعاء العام.



21 لسنة 1960 والفقرة الأولى من الفصل الأول من الأمر عدد 80 لسنة 1961 وكذلك يغطيه التأمين الخاص للميكانيكي بمقتضى أحكام الفقرة الثانية من الفصل الأول من الأمر المذكور إذا ما حصل داخل حدود المهمة والغرض الذي من أجله سلمت إليه تلك السيارة". ولا نرى حفظا ثنائيا للسيارة من خلال التعليل. فالحفظ يكون ضمنيا عند الميكانيكي عند مباشرة الإصلاح. ويبقى لدى المالك في مرحلة السير والجولان. وهذا يفيد أن الحفظ يقوم على تقسيم القضاء لمراحل الحفظ. فخلافا لقرار الدوائر المجتمعة لسنة 1998، لم يجمع القضاء صفة الحافظ لدى المالك والمصلح، بل قسمها في الزمن، وربطها بممارسة الصلاحيات على الشيء. ففي مرحلة التجربة يكون الحفظ للميكانيكي، وفي غيرها يكون الحفظ القانوني للمالك. وهو تقسيم تناوبي للحفظ[833]. ولكنه تنحى عن هذا المنهج، ليقدم رؤية مخالفة للحفظ، تضعه على كاهل المصلح في آخر قرارات الدوائر المجتمعة[834]، في حين أن ملحوظات الإدعاء العام المقدمة بمناسبة القرار عدد 7457 في 23 أكتوبر 2003 ، تنطوي على مواصلة التيار الذي يستبقي الحراسة القانونية عند المالك، وينقل الحراسة الفعلية أو المادية لصاحب الورشة. وما يشد الانتباه في حيثيته عدم إفصاحها عن مفهوم

833 Viney et Jourdain n° 676, p.732s, n° 682 .p. 653 s. ; Flour, Aubert, et Savaux, n° 255, p. 246. ; Malaurie, Aynés, et Stoffel-Munck, n°201, p. 106.

834 تعقيبي مدني عدد 17690 بتاريخ 28 أكتوبر 2010، صادر عن الدوائر المجتمعة، غير منشور، سابق الذكر. وقد مزج بين التزامات الحفظ التعاقدي، والحفظ في المسؤولية الشيئية، ليبرر انتقاله للمصلح، وهو تزيّد، حتى وإن دعمه ضمنيا بوجود التأمين." ما كان من الممكن حصر تأمين الميكانيكي في حدود مهمة المعالجة الميكانيكية الضيقة وهو مستودع، فمقتضى عقد التصليح تسليم العربة وإيداعها بخازن ميكانيكي، فلا يحمل على الميكانيكي واجب التصليح المادي فقط بل يدخل في ذلك الواجبات الداخلة في معنى المستودع ومنها الحفظ بمجرد تسلمه العربة.... وحيث طالما انتقلت مسؤولية الحفظ كاملة على الشيء إلى الميكانيكي بموجب عقد فإن المسؤولية الناشئة عن الحفظ قد أصبحت محمولة على عاتقه وطالما أن عقد التأمين ليس إلا علاقة مضافة إلى العلاقة الأصلية وتقتضي ضمان المؤمن لمسؤولية المؤمن لفائدته وحلوله محله فإن تأمين الميكانيكي الحافظ للسيارة عند حلول الضرر المدعي به هو الذي يغطي الضرر الناجم عن المسؤولية الشيئية".

الحفظ الجماعي المتزامن للسيارة من المالك والمصلح. وهي سمة من سمات تطور نظرية الحفظ[835].

**224.** ولا يختلف القضاء الفرنسي عن القضاء التونسي في حلوله، فهو عالج قضية انتقال الحفظ ليحدد الشخص الذي تلقى عليه المسؤولية الشيئية[836]، ولكنه يختلف معه في طرفة الحلول، وتكاثر الفويرقات إلى حد اصطباغها بنقصان الدقة[837].

ويصبح واضع اليد على الشيء حافظا إذا مارس عليه سلطة مستقلة. وبذلك يكون معلم السياقة حافظا للسيارة، حتى إذا كان مالكها التلميذ جالسا لعجلة القيادة، ويبقى حارسها إن كانت على ملكه[838]. ويتبع تحديد الحافظ تقدير مدى ممارسة السلطات على الشيء بشكل مستقل. فالراكب الذي يفزعه خطر محدق في الطريق، فيستولي على مقود السيارة ليحوّل وجهتها بنيّة أنه يحول دون حصول الحادث لا يصبح حافظا للسيارة[839]. في حين أن العربات التي تضعها المغازة على ذمة حرفائها تنتقل حراستها إليهم لاجتماع التسيير والاستعمال والتوجيه لديهم[840].

ولا بدّ من النظر إلى العقد الذي أدى إلى تسليم الشيء ونقل الحيازة إلى الغير. فعقد الإعارة يمكن المستعير من ممارسة سلطات الحارس على

[835] حول هذه المسألة، راجع ما سيلحق، ف. 236.

[836] Viney et Jourdain, n° 682 p. 738 .

[837] Viney et Jourdain, n°690 p. 746.

[838] Flour et Alii, n° 255, p. 318, note 4; Civ 2ème, 22 Juin 1955, D. 1956, Som.48 ; Riom 27 mars 1962, D.1963, 116, note Tunc.

[839] Civ 1ère, 1 Juin 1976, B. Civ.I,n°205.

[840] Civ.2e ,14 Janvier 1999, J.C.P. 2000, II, 10245, note Reifegerste, R.T.D.Civ. 1999, 630, obs. Jourdain.



العارية ويؤدي مبدئيا إلى نقل صفة الحافظ[841]، إلا إذا كانت الخطورة الكامنة في الشيء مدعاة إلى إرشاد المستعير إلى تلك الميزة. وبدونها يتعطل انتقال الحفظ[842]. فإذا تسلم مقاول حظيرة تحتوي على متفجرات، عدّ حافظا للحظيرة دون الأشياء المتفجرة[843]، لأنها تبقى في حراسة مالك الحظيرة طالما لم يرشد المقاول إلى وجودها[844]. وينقل عقد الكراء الحفظ بشرط أن تغيب سلطة المراقبة عن المالك المسوّغ، فحينها يكون ممارسا للحراسة بواسطة الغير[845].

وتبقى مسألة التقدير مطروحة في كل وضعية مستقلة[846]. وانتهى القضاء الفرنسي إلى أن قائد السفينة يعتبر حافظا ماديا للسفينة، بفضل الخبرة التي يمتاز بها عن بقية أفراد الطاقم، مما يهبه القدرة على الاستعمال والتسيير والمراقبة. إلا أن التذبذب طبع مجمل اجتهاده[847].

فالمادّة القضائية رافقتها فويرقات عديدة، تجعل كل من يسعى إلى لمّ شتاتها في وحدة متناسقة محتارا في أمره. ويشهد على ذلك تحديد انتقال حراسة البضائع في المغازات ومساحات العرض. فبعض القرارات أرجأته إلى حين دفع الثمن[848]، في حين أن قرارات أخرى قبلت بتحوّل صفة الحفظ قبل ذلك

[841] قرار يتعلق باستعارة سلم سقط منه المستعير.
Civ.2éme, 10 Juin1998, B.civ.II, n°180.JCP.1999, II, 10042.note Mandin ; Civ. 2ème, 7mai 2002, D.2003, Somm.463, obs.Jourdain.

[842] Civ. 2e,12 octobre 2000, JCP 2001, I, 338, n°15. obs. Viney.

[843] من الفقهاء العرب من أكد أن الحارس" يجب أن يتمكن من مراقبة جميع عناصر الشيء بمافيها أسراره الداخلية، والإشراف عليها، ذلك لأن الحارس لا يسعه توقي الضرر، إلا عن هذا الطريق ذاته". وحيد الدين سوار، المصدر السابق، ف، 782، ص. 178.

[844] Civ. 2éme, 23 Janvier 2003, R.T.D.Civ. 2003, p.304, obs. Jourdain.

[845] Flour et Alii, n° 255, p. 317; Civ. 2e, 19 oct. 2006, R.T.D.Civ. 2007, 133, obs. Jourdain, JCP 2007, I, 115, n° 7, obs. Stoffel-Munck.

[846] Flour et Alii, idem, p. 318. s.

[847] Viney et Jourdain n°690, p. 660.s.

[848] Civ. 2éme, 14 janvier 1999, R.T.D.Civ. 1999, 360, obs. Jourdain.

ضمنيا، لتؤكد أن ملامسة الحريف أو تقليبه للبضاعة لا تكفي لوحدها لنقل الحفظ[849].

ويبدو أن القضاء الفرنسي ذهب في اتجاهات شتى، تميزت بسيل عرم من الحلول المتراوحة بين النظريتين مع تغليب النظرية المادية للحفظ. وقد اقترح الفقه تقريب الحلول واعتماد نظرية الحفظ القانوني أساسا من القضاء الفرنسي لتوحيد المواقف، والقبول استثنائيا بانتقال الحفظ عند تسليم الشيء إلى حرفي لغاية مهنيّة[850].

**225.** ويبسط هذا في القضاء الفرنسي مسؤولية الميكانيكي المصلح. ويتوخى فيها ــ وفي الحالات المماثلة التي يتم فيها استلام الشيء من الحرفي ــ تجنب اعتماد الحفظ الجماعي بين المالك والمصلح (أو الحرفي عموما). فالحفظ يبقى في مبدئه منفردا تناوبيا ولا يجتمع عند الشخصين Alternatif et non cumulatif[851]. فيتم تحديد ذلك الذي يمارس سلطات موازية على الشيء مع المالك، ويعد حافظا إذا استلم السيارة[852]، ولم يتحول إلى منزل صاحبها ليتولى إصلاحها[853].

---

849 Civ2. 28 février 1996, R.T.D.Civ. 1996, p. 631, obs. Jourdain. «Dans un magasin où la clientèle peut se servir, elle même, il ne suffit pas qu'un client manipule un objet offert à la vente pour qu'il y ait transfert de la garde ».

850 Viney et Jourdain, n° 690 p. 662.
ومن فوائد هذا الراي تجنب الإكثار من عقود التامين، إذ يلجأ كل مستعمل للشيء إلى التامين عن مسؤوليته الشيئية، خشية أن يعتبره القضاء حافظا.

851 Civ. 2ème, 11 mai 1956, D. 1957, p. 121, note Rodière.

852 Civ. 1ère , 27 Avril 1978, IR, p 409, obs. C. Larroumet ; G. Daverat, La responsabilité civile et pénale du garagiste, th, Paris I 1981, n° 5803.

853 Civ. 21 mars 1974. I R, p. 151.



### 2 ــ تطور نظرية الحفظ

226. لم تبق نظرية الحفظ قائمة على التفرقة التقليدية بين الحفظ القانوني والحفظ المادي. وتطورت لتشمل الحفظ التناوبي Garde alternative والحفظ الجماعي Garde collective.

#### 1.2ــ حفظ البنية وحفظ الشكل Garde de structure et garde de comportement

227. كثيرا ما يحمل الشيء المتسبب في الضرر عيبا داخليا. فقد يقوم طبيب أو صيدلاني بحقن مريض بدواء يتضح اختلال تركيبته، فتتعكر حالة المريض ويحمل علامات لمضاعفات خطيرة بسبب مكوّنات الدواء المختلّة. ومع ذلك فإن الطبيب أو الصيدلاني يعتبر بالمفهوم التقليدي حافظا للدواء ومسؤولا عن فعله، مثله كمثل سائق عربة مجرورة تنقل قوارير غاز أو حاويات مملوءة بمواد سريعة الالتهاب، تنفجر أثناء السير دون اصطدام، وبسبب خلل في صنع الحاويات. ويعدّ الناقل مسؤولا بالرؤية التقليدية للحراسة، والحال أنه لا يستطيع مراقبتها ولا يسعه أن يسيطر عليها.

هذه الأمثلة تلهم العودة إلى تحليل برتولد قولدمان[854]، في أطروحة انتقد فيها ما آل إليه فعل الشيء في القضاء الفرنسي، من تثقيل لكاهل الحافظ بقرينة في الخطأ، مشفوعة بضمان عيوب الشيء. وانتقد هذا الجمع لأن قرينة الخطأ لصيقة بسلطة الاستعمال والتوجيه والمراقبة وتبدو من مسلماتها. أمّا ضمان العيوب فلا يحمل منطقيا على الحارس لأنه من التزامات الشخص المؤهل لضمان المراقبة الفنّية للبنية الداخلية للشيء، ويعني بذلك المالك. ولذلك فإن

---

854 B. Goldman, « La détermination du gardien responsable du fait des choses inanimées », Ed. Sirey, 1947. Préface P. Roubier.

الحفظ لا يبقى موحّدا ويكتسب طبيعة ثنائية. فهو يتجزّأ بين شخصين يتناوبان الحفظ فيه: ذلك الذي يستعمل الشيء بوصفه حافظا للتصرف، والآخر الذي يتحمل الأضرار الناجمة عن عيوبه الداخلية، وهو المالك الحافظ للبنية أو الشكل[855].

**228.** والنتيجة أن الحراسة ترتبط في نظرية قولدمان بسلطة حرة حقيقية، وأن التفرقة ضرورية بين فعل الشيء الناتج عن الاستعمال وفعل الشيء الناتج عن عيب داخلي. ولترتيب المسؤولية ومعرفة متحمّل التعويض، كان لزاما ربطها بالمتسبب فيها أي بالحافظ الحقيقي للشيء. وبالعودة إلى المثالين السابقين، فإن الطبيب أو الصيدلاني يعتبر حافظا إذا كان الضرر بسبب سلوك غير عادي في القيام بالحقنة. أمّا الضرر المتأتي عن عيب في الدواء، فيتحمله مالك الدواء أو صانعه. كما أن السائق يسأل عن الضرر المباشر عن النقل إذا كان تصرفه سبب الأضرار، أما إذا كان مردّها إلى عيب في الحاويات، فلا تترتب مسؤوليته بل تترتب مسؤولية المالك أو الصانع.

تبعا لهذا التصوّر، فإنه إذا كان الضرر مردودا إلى خلل في البنية، كان حافظ البنية المسؤول عن فعل الشيء، أمّا إذا كان الضرر منسوبا إلى مستعمله، فإنه بوصفه حافظا للتصرف، المسؤول عن ذلك.

**230.** ولم يقبل الاجتهاد القضائي الفرنسي هذه النظرية في البداية واتسم بالتردد والاحتراز. ففي قضية "الخمر المسموم"[856]، فاز شاب بقارورة مشروب كحولي في معرض ألعاب، ووزع في نشوته محتواها على أصدقائه. ولكن الأول الذي احتسى كأسه سقط ميتا. واتضح أن المشروب يحتوي على مواد

[855] B. Goldman, « Garde de comportement et garde de structure », Mélanges Roubier, T. II. p.51.

[856] Civ. 26 juin 1953, D.1954, p. 181.



سامة. ورفضت الدائرة المدنية لمحكمة التعقيب الفرنسية التناوب في الحفظ، واعتبرت صاحب القارورة حافظا لها ومسؤولا عن هلاك الشاب. ولم تقبل بالتفرقة أيضا عندما حمّلت مستعمل السيارة المسؤولية عن فعلها، رغما عن أن الضرر مرتبط بعيب فيها[857]. وعلى العكس قبلت الدوائر التجارية[858] تلك التفرقة، لتلتحق بها الدوائر المدنية[859] – بشكل ضمني[860]– في قضية الأكسجين السائل. فقد نقضت محكمة التعقيب الفرنسية قرارا استئنافيا رتب مسؤولية الناقل، في حين أنه كان فاقدا لإمكانية دفع الضرر ومنعه، وأن قضاة الأصل وقفوا على عدم قدرة الناقل على مراقبة الشيء وعدم تجنب أضراره[861]. كما قبل بها القضاء الفرنسي بداية من سنة 1970[862].

**231.** وأصبح الإشكال متعلقا بتحديد انطباق هذه النظرية. واهتدى القضاء الفرنسي إلى أنها ترتبط بالأشياء ذات الديناميكية الذاتية الخطيرة[863]، تلك التي يمكن الفصل في حفظها بين الشكل والتصرف. فتؤدي إلى خيار بين الحافظين لهما بشكل تناوبي بحسب مصدر الضرر[864]. فشملت النظرية في التطبيق جهاز التلفزة[865]، والخراطيش والشماريخ والبنادق، وهي مواد قابلة

[857] Civ 1ère,. 11 juin 1953, D. 1954.21 note veille Rodière ; J.C.P. 1953 II. 7825, note Weill.

[858] Com. 30 Juin 1953. J. C. P 1954, n° 7811.

[859] Aff. Oxygène liquide, Civ 2ème . 5 Janvier 1956. J . C. P. 1956 II 9095, D. 1957, p. 261. Civ 1ère 10 juin 1960. p.609, note Rodière.

[860] لأنها لم تستعمل مصطلح حفظ البنية حرفيا، خلافا لقرارات صادرة عن محاكم الأصل.
Marty et Raynaud, Les obligations, 2ème ed. Sirey 1988, n° 501, p. 597 ; Viney et Jourdain, n°692, p. 751s.

[861] Marty et Raynaud, préc., p. 598.

[862] دون أن يحصل الإجماع لدى دوائر محكمة التعقيب في قبولها Viney et Jourdain, n° 692. p. 750.

[863] Les choses ayant un dynamisme propre et dangereux.

[864] Marty et Raynaud, n° 501, p. 599.

[865] Civ 2ème, 3 oct et 14 nov. 1979. D. 1980, 325, note Larroumet, RTDciv. 1980, 358 obs. Durry. ; Voir Malaurie et Alii, Les obligations, 4e ed. 2009,

للإلتهاب والإنفجار، وتبرر التناوب في الحفظ عندما لا تتطابق مواصفات الصنع فيها مع المواصفات العادية، فتكون حاملة لعيب داخلي. فلا يعتبر مستعملها مسؤولا عن فعلها إلا إذا كان بسلوكه سببا في الضرر.

ولكن هذا المعيار لم يكن دقيقا لدى فقه القضاء الفرنسي. فالديناميكية التي يمكن أن تظهر بشكل خطير نسبت إلى أشياء لا تحمل هذه الميزة، مثل الأشجار[866] ، والعود المتآكل[867] وقنوات الماء[868]. و أدّى اعتماد هذا المعيار إلى رفض تطبيق النظرية على السجائر، لأنها لا تحمل ديناميكية خطيرة، ولا يمكن لمروجها أن يحتفظ بسلطة المراقبة عليها[869].

وينسب حفظ التصرف إمّا للمالك أو للصانع أو للمروّج[870]. وتدعم بذلك هذه النظرية الرؤية القانونية للحفظ.

**232**. لم يأخذ القضاء التونسي بهذه النظرية في قرارات منشورة. ولكن بعض القرارات غير المنشورة ارتكزت ضمنيا على هذه التفرقة[871]. فقد رتّبت المحاكم مسؤولية صانع المشروبات الغازية عن فعل قارورة انفجرت بين أيدي فتاة كانت تهمّ باقتنائها. واعتبرت أن معمل المشروبات موزع تلك القوارير هو المسؤول عن فعل القارورة. ولا يمكن فهم هذا القرار[872] إلا بالرجوع إلى

n° 203, p. 108, et les nombreuses cf; Ph. Le Tourneau, et Alii, n° 7877, p. 1702. Pour les hypothéses des refus d'aplication, op. cit. n° 7881, p. 1703.

866 Civ 2. 18 Juin 1975, R. T. D.Civ. 1976, p. 146, obs. Durry.

867 Civ 2. 1 juillet 1976, D. 1976, I. R. p. 276.

868 Civ 3 . 12 juin 1969, B. civ. III, n° 473.

869 Civ 2ème,.20 nov 2003, D. 2004, p. 2902, note L. Grynbaum. Nul n'est censé ignorer les méfaits du tabac.

870 Viney et Jourdain, n° 697 s, p. 667. s.

871 S. Abid-Mnif, L'option entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle, Etude comparative des droits français et tunisien, th, préc. n°331, p. 392.

872 استئناف صفاقس عدد 1427 في 17 جويلية 1989، غير منشور.



التفرقة في الحفظ بين التصرف والشكل، وإلا فلا مدعاة لترتيب مسؤولية الصانع أو المروج للبضاعة. وتمادى نفس الاقتباس في قرار تعقيبي آخر[873]. فقد انفجرت قارورة غاز من النوع الصغير بعد أن ابتاعها المتضرر من تاجر اشتراها هو بدوره من شركة عجيل وسببت له أضرار بدنية ومادية في منزله. وتقدم بعريضته ضدها لأنها مختصّة في تعليب الغاز وشحنه ومسؤولة عن الإنفجارات الناجمة عن استعمال تلك القارورات. وقد تمّ الحكم ضد الدخيل البائع الأول في الطور الإبتدائي. وعند الإستئناف تم النقض في خصوص من يتحمل الأضرار، وإلزام الشركة القومية لتوزيع البترول عجيل بأداء التعويض. ورفضت محكمة التعقيب الطعن ضد هذا القرار لأن مصدر قارورة الغاز ثابت. ولا يفهم موقف القرار إلا بالرجوع إلى التمييز بين حفظ البنية وحفظ الشكل.

فالحراسة لم تبق عند المالك سواء اعتبرنا هذه الصفة عند المشتري أو عند البائع. بل ذهبت محكمة التعقيب لتبحث عنها عند "المعلّب" أو المروّج دون أن يكون مالكا للقارورة، بعد أن خرجت عن ملكيته وانتقلت إلى البائع، فإلى المشتري، الذي أصبح وفقا لأحكام البيع بالفصل 583 من م إ ع مالكا لها. ولم تغفل محاكم الأصل عن تطبيق الفصل 647 من م إ ع المتعلق بضمان العيوب الخفية من البائع. وكان هذا المرجع دليلا على وجود عيب في القارورة يمسّ إمّا ببنيتها أو خزن الغاز فيها.

**233**. ولكن القضاء التونسي انتهى إلى التطرق الصريح للمصطلحات التقليدية لهذه النظرية، ليستخلص عدم توفر شروطها[874] ، أو ليعمل مسلماتها،

873 تعقيبي مدني عدد 59218 مؤرخ في 12 جانفي 1999، غير منشور.

874 محكمة الناحية بصفاقس قضية عـ62610ـدد ، في 22 جوان 2007، غير منشور.

وينتهي إلى قبول نظامها في تحديد الحافظ للبنية والشكل. وقد كان ذلك أيضا بسبب انفجار حاوية غاز، ارتأت المحكمة الابتدائية بصفاقس[875]، مستعينة برأي أهل الخبرة، ومدعمة من محكمة الاستئناف بها[876]، تحديد المسؤول عن فعل الشيء، بتطوير مصطلح الحفظ بتعليل مستساغ أثرت به مصادر تأويلها للفصل 96م.ا.ع. "وحيث درج الفقه وفقه القضاء المقارن على التمييز في إطار الحفظ التناوبي بين حفظ الاستعمال أو التصرف وحفظ البنية معتبرا أن حافظ التصرف تنحصر مسؤوليته في الحفظ في حدود الاستعمالات المادية للشيء، مقابل تحميل حافظ البنية مسؤولية الضرر الناشئ عن عيب كامن في الشيء مثلما هو الشأن في قضية الحال". واستخلصت ارتباط الضرر بمسؤولية حافظ البنية، وعدم نسبته لحافظ التصرف. فالمضرة قد" نجمت عن الفعل الايجابي للشيء الذي تسبب بعيوبه الكامنة في حصول الحادث، وظل حفظه والحالة تلك لدى الشركة التي أنتجته أي المطلوبة الأولى والتي أمنت مسؤوليتها لدى المطلوبة الثانية".

**234.** ومن هذه الزاوية لا تفقد هذه النظرية فائدتها العملية وقدرتها على تدقيق مفهوم الحفظ لدى القضاء التونسي. فقد غلبت عليه النظرية القانونية[877]. ثم إن الخيار بين الدعوتين التعاقدية والتقصيرية وقاعدة الترخيص

[875] الحكم عدد 41652 بتاريخ 13ديسمبر 2005.

[876] محكمة الاستئناف بصفاقس عدد 16234 في 28 نوفمبر 2006 غير منشور: "وحيث قضت محكمة البداية لصالح الدعوى معتبرة ان قرينة الضمان للفصل 96 مدني المبنية على واجب حسن حفظ الشيء لا تقتصر على من كان بيده الحوز الفعلي والمادي للشيء مصدر الضرر ومن قام باستعماله بل تمتد لمن اعد ذلك الشيء وأحضره وجهزه ولمن صنعه وروجه للاستغلال من طرف الغير وهو ما عبرت عنه محكمة البداية (بحفظ البنية) طالما نتج الضرر عن عيب كامن بداخل وصلب الشيء، أي عن عيب بذات الشيء موجود به منذ إعداده وزمن تصنيعه وقبل تحوز المستهلك والمستعمل له به". ونفت بكل دقة نسبة الأضرار إلى حافظ التصرف لعدم "وجود أي خطا في الاستعمال من جانب المتضرر كمستهلك".

[877] لأن من أثار هذه النظرية فصل بين الحفظ والحيازة، فوضع اليد لا ينفي قيام الحفظ عند شخص آخر غير الحائز، وهو تصور يخرج بها عن الرؤية المادية للحفظ
Terré et Alii n°789,.p. 788.



في ذلك، توفر للمتضرر سندا إضافيا من خلال المسؤولية التقصيرية الشيئية، ليحدد حافظ الشيء مصدر الضرر، حتى وإن كان قانون حماية المستهلك أرسى دعوى مباشرة لصالح المستهلك ضد الصانع أو المنتج. وهي مناقب تحسب للنظرية، وكان الأجدر إرساء مسؤولية بالتضامن بين أولئك الذين عددهم الفصل2 في تعريف المزود [878].

**235.** ولكن هذه النظرية على نجاحها النسبي في التطبيق لم تلاق، في بعض الأنظمة المقارنة، مثل القانون الفرنسي، كامل الاستحسان من الفقه[879] ومن القضاء. ويمكن التأمل في مآلها من الناحيتين النظرية والتطبيقية.

فمن الناحية النظرية، عيب عليها تعقيدها لتعريف الحفظ. فهو يتسم بالفويرقات المبالغ فيها لدى القضاء الفرنسي وبحلول تفصيلية تلفه بالغموض وتقربه إلى متاهة غائرة الممرات. وتزيد هذه النظرية الطين بلة، مما حدا بالبعض إلى التخلي عنها[880]، بسبب صعوبة تطبيقها وبسبب تحليلها المصطنع[881].

[878] S. Abid Mnif, th. préc.n°331, p.393.

[879] هناك من الفقهاء، من أيد- بالإضافة إلى قولدمان-، مسلمات هذه النظرية.
Terré, Simler et Lequette, Les obligations, 10ème éd. Dalloz 2009, n° 789, p. 785, sp. 787.
Mazeaud et Chabas, Les obligations, Montchrestien, n° 521; Tunc, « Garde de comportement et garde de structure dans la responsabilité du fait des choses inanimées », J.C.P. 1957, I, 1384 et « La détermination du gardien dans la responsabilité du fait des choses inanimées », J.C.P. 1960, I, 1592.

[880] Ph. Le Tourneau, et Alii, Droit de la responsabilité et des contrats, n° 7874 s.

[881] Viney et Jourdain, n° 699 s. p. 669. ; Brun, Les présomptions dans le droit de la responsabilité, thèse Grenoble 1994, p. 118. ; Flour et Alii, préc., n° 256; Viney, note critique J.C.P. 1976, II, 18479.

وفقدت النظرية كذلك بريقها من الناحية التطبيقية، وذلك بسبب التشريع الأوروبي الخاص بالمواد المعيبة. فقانون 1998 بفرنسا المستمد منه يضمن للمشتري القيام مباشرة ضد الصانع أو الموزع بسبب تعييب مشتراه، وفقا لأســاس الارتقاب المشروع L'attente légitime [882]. فالمشتري يرتقب الحصول على مواد خالية من العيوب وهو محق في ذلك، ولا يرتبط مع الطرف الذي نقل ملكية المبيع، بل يتعدى ذلك أيضا إلى المزوّد والصانع.

ولكنها مع ذلك، بقيت كمرجع تطبيقي يطوّع به القضاء مفهوم الحفظ ويصبغه بمرونة يحدد بها المسؤول عن الشيء. وهي رافد يدعم نظرية الحفظ القانوني[883]، تلك النظرية التي انتصر لها البعض في فرنسا، واقترح أن تكون المعول الجوهري في ضبط الحافظ.

ولتطور الحفظ مظهر آخر جسمه الحفظ الجماعي.

### 2.2ـ الحفظ الجماعي

**236.** عندما يمارس عدة أشخاص نفس الصلاحيات على شيء معين في نفس اللحظة الزمنية يتغير مشهد الحفظ عما تم وصفه سابقا. فهو لا يمارس بشكل متناوب بل بشكل جماعي. ويعتبر هؤلاء الأشخاص حارسين جماعيين له[884]. وظهرت النظرية بسبب ممارسة الأنشطة من عديد الأشخاص، فيصبح الحفظ صفة واحدة لهم مجتمعين دون أن ينفرد به أحد دون الآخرين.

---

[882] بمقتضى قانون 98-389 المؤرخ في 19 ماي 1998، الذي طبق توصية أوروبية مؤرخة في 25 جويلية 1985، والذي نقح الفصل 1386 م. م. ف.، ليشمل ثمانية عشر فصلا أرست مسؤولية قانونية (1. 1386 إلى 18. 1386).

[883] Civ. 2ème , 12 octobre. 2000, Resp. civ et assur. 2001, 357, R.T.D. Civ. 2001,372 obs. P. Jourdain.

[884] D. Mayer, la garde en commun, RTDciv. 1975, p 197.



**237.** وتطرق القضاء التونسي إلى هذه الظاهرة من خلال تحديد الحفظ عند الميكانيكي المصلح ومالك العربة. « الحراسة الفعلية الناجمة عن استعمال سيارة بإذن صاحبها لا تحول دون قيام المسؤولية الشيئية لصاحب السيارة باعتباره حافظا وحارسا قانونيا للوسيلة المؤمنة»[885]. ورأينا أنه أكد في بعض مواقفه اجتماعها لديهما معا، ليخلص إلى التضامم في المسؤولية، أو التضامن فيها[886]، وما يجر ذلك من حظوظ في التعويض للمتضرر. والأرجح أن السلطات مختلفة في هذه الوضعية. فعلاقة المالك مع الشيء تختلف عن علاقة المصلح به[887].

**238.** وللقضاء الفرنسي تطبيقات عديدة للحفظ الجماعي. ويقوم عند ممارسة نفس السلطات من مجموعة من الأشخاص "فيتحافظونه". فإذا أطلقت عيارات نارية من صيادين في وقت واحد، وحققت ضررا، دون تحديد الذين أطلقوه، اعتبر القضاء الفرنسي أن مجموعة الرصاصات تكون حزمة أو باقة، يحفظها كل الصيادين[888]، وذلك عند تعذر ضبط العلاقة السببية بين الرصاصات والضرر[889]. فإن ثبت عدم مساهمة أحد الصيادين لم يعتبر حافظا مع المجموعة[890]. ولم تنحصر المسألة في حوادث الصيد، بل اتسعت لترد كذلك عندما تتولى مجموعة قلع شجرة مثلا[891].

---

[885] تعقيبي جزائي عدد 25820 في 31 جانفي 1990، ن.ج. ص. 47. تعقيبي جزائي عدد 3482 في 17 أكتوبر 2000، ن.ج. ص. 132.

[886] وقد تخلت الدوائر المجتمعة عن هذه الرؤية في آخر قراراتها. تعقيبي مدني عدد 17690 بتاريخ 28 أكتوبر 2010 صادر عن الدوائر المجتمعة، سابق الذكر.

[887] Flour et Alii n° 255, p. 245.

[888] Civ.2ème, février 1960, D. 1960, 305 note Aberkane. Civ 3ème, 13 mars 1975, R.T.D.civ. 1975, 543, obs. G. Durry.

[889] Postacioglu, « *Les faits simultanés et le problème de la responsabilité collective* », R.T.D.civ. 1994, p. 438.

[890] القرارات العديدة حول فقه القضاء الفرنسي وتحليل
Flour, Aubert et Savaux, n° 165, p. 190.

[891] Civ. 2 ème, 25 novembre 1999, B. Civ. II, n°181.

**239**. وامتد هذا التصور إلى الأنشطة الرياضية، مثل كرة القدم وكرة الطائرة وكرة السلة. فيعتبر اللاعبون عند اجتماعهم حول الكرة حافظين جماعيين لها. وقد طبق القضاء الفرنسي ذلك في كرة المضرب[892]. ويقف القضاء على ممارسة جماعة لنفس السلطات، فإن انفرد لاعب أو رياضي بالاستعمال والتوجيه والتسيير أو بوضع اليد وسيطرته على الكرة انتفى الحفظ الجماعي وقام الحفظ الفردي كشأن لاعبة كرة السلة التي تعدّ حارسة الكرة إذا استأثرت في حيز زمني بها، واستقلت بالسيطرة عليها[893]، وكشأن الربّان في سباق الزوارق، فهو الحافظ دون غيره للسفينة، نظرا لعدم قدرة أفراد الطاقم الآخرين على توجيهها، مقارنة بما يمتاز به من خبرة تمكنه من اقتيادها دون غيره[894].

ويعد من مزايا هذا التطور تمكين المتضرر من حظوظ وافرة في التعويض إذ يجد نفسه قادرا على استخلاص تعويضه من ذمم عديدة، يرجح أن تكون بينها ذمة مليئة على الأقل.

**240**. ولكن القضاء الفرنسي يشهد تراجعا لهذه النظرية، تجنبا لأن يكون المبدأ تحمل مجموعة المسؤولية عن فعل ضار[895]. فنفى قيام الحفظ الجماعي وتضامن أطفال ثلاثة عن احتراق مستودع اندلع اللهب فيه بسبب إلقاء مشعل كانوا يتلهّون به، حتى رمى به أحدهم اتقاء لاحتراق أنامله[896]. وعندما

[892] Civ. 2 ème, 20 novembre 1986, R.T.D.Civ. 1969, 335, obs. Durry.
[893] Civ. 2ème , 21 février 1979, R.T.D.Civ. 1979, p. 613.
[894] Civ. 19 mai 1991, D. 1991, p. 381. Civ 2ème ,8 mars 1995, D.1996, I.R., p. 99. J.C.P.,1995 II, 22499, note, I. Gardach, R.T.D.Civ 1995, p. 905, obs. P. Jourdain.
[895] M. F. Magnan, op.cit.n°79, p.194.
[896] Civ. 2ème, 19 oct. 2006, J.C.P, 2007, G, I, 115, n°6, obs. Ph. Stoffel-Munck II, 10030, note M. Mekki; R.T.D.Civ.2007, 130, obs. Jourdain… « Il résultait des circonstances que si les enfants avaient antérieurement



تسببت كرة مضرب في الضرر، لم يقم الحفظ الجماعي للكرة، كما كان الشأن في القضاء السابق، لتترتب المسؤولية الشيئية للاعبين بفعل المضرب. وهو ما يضع الحفظ الجماعي جانبا[897]، ويعني تخليا نسبيا عنه من القضاء الفرنسي.

**241**. وإذا أراد الحافظون الجماعيون القيام ضد بعضهم، كأن يطالب لاعب الآخرين بالتعويض عن ضرر لحقه بمناسبة تشاركهم في الحفظ، فلا حق في القيام على أساس المسؤولية الشيئية، لأن الحفظ يتوفر لدى جميع اللاعبين بما فيهم المتضرر. ولا يتأسس الحفظ الجماعي إلا لديهم كلهم مجتمعين، بما في ذلك المتضرر المدعي نفسه. وهذا حاجز لتوسّل أحكام المسؤولية الشيئية. ولا يحق له أن يؤسس دعواه إلا على المسؤولية الشخصية أي على الجنحة أو شبهها[898]. وهو ما يطرح مسألة نطاق المسؤولية الشيئية، نطاق الفصل 96 من م إ ع وما يناظره في القوانين المقارنة.

### 3 - نطاق انطباق المسؤولية الشيئية

تعتمد المسؤولية الشيئية في كل دعاوى المسؤولية. ولا يطلق نطاقها مع هذا دون قيد، إذ يتردد القضاء ويرفض سندها في بعض الدعاوى. ويشهد على ذلك النقل المجاني وإحداث المخاطر.

confectionné, allumé puis éteint des torches, cette circonstance n'était pas de nature à leur conférer l'exercice de la garde commune de la torche, instrument du dommage, dès lors qu'au moment de l'embrasement du foin par la torche, X qui la tenait dans sa main exerçait seul sur cette chose les pouvoirs d'usage, de contrôle et de direction qui caractérisent la garde ».
[897] Civ.2ème , 28 mars 2002, R.T.D.Civ. 2002, 521, obs. Jourdain.
[898] انظر ما سيلحق.

### 1.3- النقل المجاني

**242.** الفصل 96 من م إ ع، يعزز جانب المتضرر إجرائيا. فهو يضع قرينة تيسّر له الإثبات، وفي المقابل تضع الحافظ في موطن عسير، مركز المطالب بالتفصّي. ومع ذلك لم يقبل القضاء بانطباقه في النقل المجاني[899]. فلا قيام تبعا لذلك على السائق إلا عند إثبات الخطأ الشخصي في جانبه. ويتّجه شق قضائي آخر إلى القبول بأحكام المسؤولية الشيئية في النقل المجاني[900]. واستقر القضاء السوري في تطبيقه المادة 179 من المجلة المدنية السورية (القائمة على قرينة الخطأ)، على عدم جواز التمسك بها من قبل من يلتمس من حافظ السيارة نقله مجانا، "لأن هؤلاء الأشخاص يعدون قد ارتضوا التعرض للمخاطر التي قد تصاحب اشتراكهم في استعمال السيارة. وليس لهم أن يطالبوا الحارس بالتعويض عما يصيبهم من ضرر إلا إذا أثبتوا أنه ارتكب خطأ يسأل عنه وفقا للأحكام المادة 164"[901].

وعرف القضاء الفرنسي نفس الجدل، فبعد أن رفض انطباق الفصل 1384 ف 1 على النقل المجاني[902]، تحيز موقفه ليمتّع المتضرر بأحكام ذلك

[899] المحكمة الإبتدائية بالمهدية عدد 6880 في 20 ماي 1963 ، م. ت. ق. 1966، 67. ص. 288.

[900] المحكمة الإبتدائية بتونس 5 مارس 973 ، م. ت. ق. 1973، ص. 182، تعليق الأستاذ بشير الفرشيشي كذلك إستئناف تونس 3 نوفمبر 1964، م. ق. ت. 1965، ص. 539، تعقيب جزائي 4 نوفمبر 1963، ن. 1964، ص. 136، م. ت. ق. 1966، 67. ص. 221. وقبل الإستقلال وتطبيقا للقانون الفرنسي، محكمة بنزرت حكم في 1953.2.23، م. ت. ق. 1955، ص. 305.

[901] محمد وحيد الدين سوار، ف. 795، ص. 195. وهذه الحالة تطبيق لمبدأ يقضي بتخفيف قواعد المسؤولية لمن يزدي خدمة للغير، "وأن من يناجز لدرء مغنم هو أولى بالرعاية مما يناجز لجلب مغنم". ولكن المبدأ يجب أن يساير تطور التأمين، وتحمل المجموعة التعويض عن المساس بالسلامة الجسدية وغيرها، وقد نص قانون السير السوري في المادة 196/د: المتضرر إذا كان أحد الأشخاص المنقولين في المركبة مجانا، وكان المالك لم يرتكب أي خطأ فيخفف التعويض أو يعفى منه.

[902] Civ., 27 mai 1928, D 1928, 1,145 note Ripert, S. 1928, I, 353 note Gény.



الفصل[903] استنادا على تغطية التأمين لنوعية تلك الحوادث. والأفضل تعميم هذا الموقف في القضاء التونسي والاستلهام من موقف محكمة تونس السابق لوجود تأمين على المنقولين مجانا. ولا تعدّ هذه الحجة الفريدة لذلك.

الفصل 96 من م إ ع نص عام لم يفرّق بين المتضرر غير المنقول مجانا والمتضرر المنقول مجانا. ولا وجاهة في أن يضيق القضاء من نطاقه وأن يحرم البعض من أحكامه ومن القرينة التي تعزز جانب المتضرر إثباتا وتعويضا. وقد تكون علاقة المجاملة التي يقوم عليها لا ترتقي إلى مصاف العلاقة القانونية التي تجيز تطبيق الفصل 96 من م إ ع. والمبدأ أن الالتزام بدون مقابل أو عوض لا يثقل كاهل المدين به، ويقوم نظامه القانوني على التسامح، وهي القاعدة الثابتة بالفصل 522 من م إ ع.

**243.** ولكن هذا الإقصاء ينعكس سلبا على وضعية المتضرر عند جره إلى اعتماد المسؤولية الشخصية، على معنى الفصول 522 و 82 أو 83 من م.إ.ع، وكذلك على نظام المسؤولية الشيئية[904]. فإمّا أن يطالب السائق المقابل بالتعويض الكامل، وحينها لا يسع هذا أن يحل محله في الرجوع على السائق المجاني، وإمّا أن يحصل المتضرر على نصف تعويض، وفي ذلك إجحاف بحقه في التعويض. وهي سلبيات آن لها أن تنسى نظرا لأن المنقول مجانا غير، تتم تغطية ما يلحقه من أذى من شركة التأمين، وفقا لأحكام الأمر 80 المؤرخ في 31 جانفي 1961 . وتقوم هذه الحجة دليلا كافيا على تمتيع المنقول

[903] Ch. Mixte, 20 décembre 1968, Dalloz 1969, p. 37, concl. Schmelck , R.T.D.Civ. 1969, 333, obs. Durry; Boré, Les arrêts de la chambre mixte du 20.12. 1968 en matière de transport bénévole, J.C.P. 1969, I, 2221.

[904] تعليق الأستاذ بشير الفرشيشي، سابق الذكر، ص. 196.

مجانا بأحكام الفصل 96 من م إ ع. ومن نافلة القول أن هذا الجدال قد ولى وأدبر في حوادث السير التي يتم فيها النقل المجاني بواسطة عربة برية.

244. والحجة الأخرى التي اعتمدها القضاء في درء حق المتضرر عند النقل المجاني من الاستناد إلى الفصل 96 م إ ع، مستمدة من فكرة مبدأ قبول المخاطر، فهو يتحمل المخاطر ويقبلها، ونظرا لذلك فلا حق له في الاحتجاج بأحكام المسؤولية الشيئية. والمأخذ على هذا يقوم على تفرقة غير مبررة بين النقل بعوض والنقل المجاني. فكلاهما يقوم على قبول مخاطر من الراكب، ولا وجاهة في حصر الأمر عند المنقول مجانا فقط. ثم إن قبول المخاطر يرتبط بوجود أخطار ظاهرة يجازف المتضرر فيقبلها، ويؤثر ذلك على نظام التعويض[905]. ويتم التفريق بين المخاطر العادية وغير العادية. الأولى تتبع نشاطا معينا وتصبح من مكوناته وتبقى في مستوى معقول. ويستروح هذا من الأنشطة الجماعية مثل كرة القدم. فإصابة لاعب ببعض الجراح أو الكدمات عند الالتحام لا يؤدي إلى حقه في المطالبة بالتعويض وفقا لنظرية قبول المخاطر. ولا تترتب مسؤولية المتسبب في ذلك الأذى على أساس الفصل 96 م إ ع. فإذا ما رام الحصول على التعويض لم يجد بدّا من توسل أحكام المسؤولية التقصيرية عملا بالفصلين 82 أو 83 من م إ ع. وإثبات الخطأ من المتضرر يقتضي في واقع الأمر تقديرا خاصا من القضاء. فهو ليس انحرافا عن السلوك المتعارف عليه بشكل مجرد، بل خروجا عن التصرف الرياضي العادي[906]، فيكون المنافس مبتعدا عن قانون اللعبة وعن السلوك المعقول فيها. وقد أثبت القضاء الفرنسي تذبذبا في المسألة[907]. فلم يعتبر ارتماء حارس المرمى لصد

[905] Honorat, L'acceptation des risques dans la responsabilité civile, préface. J. Flour, L.G.D.J.1969.

[906] انظر ما سبق في خصوص الخطإ الرياضي.

[907] Observations Durry, R.T.D.Civ. 1980, p.361.



الكرة خطأ بل تصرفا مألوفا حتى وإن سبب إصابة لاعب منافس[908]. ولكنه لم يعتبر الملاكم الذي ضرب خصمه برأسه منحرفا عن الممارسة العادية للملاكمة[909]. ولا بدّ من قيام خطأ ضد قواعد اللعب دون الاكتفاء بمجرد خطأ في اللعب[910]، ويعني ذلك أن قبول المخاطر العادية ينفي المسؤولية عند من صدر عنه الفعل الضار على أساس فعل الشيء. ويبقى القيام على أساس الفعل الشخصي مستساغا.

245. وعلى عكس ذلك، لا ينفي قبول المخاطر غير العادية قيام المسؤولية. وتعني مخاطر تتجاوز الحدّ المعقول إلى حد المجازفة أحيانا والتهور أخرى، وتؤدي إلى تجزئة المسؤولية بسبب مساهمة المتضرر في ما لحق به ويفيد ذلك وجود خطإ مقترف منه[911]. ويتم تقدير ذلك ووصفه من القضاء[912]. القضاء التونسي لم ير في امتطاء سيارة يقودها سائق ثمل قبولا لمخاطر عادية تجزئ المسؤولية[913]، ولا في الركوب مع سائق لا يحمل رخصة سياقة ويحمل علامات إرهاق شديد قبولا لمخاطر عادية، بينما اعتبر القضاء الفرنسي الأمر قبولا لمخاطر غير عادية[914]. كما أن تحول السياح إلى مناطق تشتعل فيها الحرب دليل على قبول مخاطر غير عادية لا تمكنهم من تعويض

[908] Civ., 11 juin 1980, D. 1980, I.R., p. 94.

[909] Civ., 5 décembre 1995, p. 921.

[910] Civ.,2ème , 8 avril 2004, D.p. 2601 note Y. M. Serinet. R.T.D.Civ. 2004 p. 517, obs. Jourdain.
قرار فرنسي نقض قرارا استئنافيا لعدم توضيحه وجود خطأ ضد قوانين اللعب واكتفى باعتبار حركة الانزلاق الدفاعي مع رفع الرجل Tacle supérieur فعلا مضرا أثناء مقابلة كرة قدم.

[911] Flour et Alii n°116, p. 108.

[912] وقد اعتمد القضاء الفرنسي تارة على خطورة سلوك المسؤول عن الضرر، وأخرى على خطورة الضرر، فافتقد الانسجام واتسم بالتحكم، ليستهدف للنقد.
Jourdain, obs. sous Civ. 2e, 4 nov. 2010, RTDciv. 2011, p. 137.

[913] تعقيبي جزائي عدد 2371في 4 نوفمبر 1963،ن. 1964، ص.136.م.ت.ق.1966-67، ص.221. مع الملاحظة أن النقل مجاني، وتم القيام على أساس الفصل 82 م.ا.ع.

[914] Civ., 28 décembre 1972. R.T.D.Civ. 1972, p. 406.

كامل[915]، كشأن التنقل إلى مناطق ثلجية جبلية تعرف بانزلاق الثلج فيها[916]، وتؤدي الوضعيات إلى تجزئة المسؤولية بين المتضرر والمتسبب فيه. ذلك أن قبول مثل هذه المخاطر يعد خطأ من الأول، لا ينفي مسؤولية الثاني. أما القبول بالمخاطر العادية فينمّ عن إسقاط لأحكام المسؤولية القانونية[917]. ومع ذلك فلا وجود لقبول مخاطر عادية إذا كان الخطر غير متوقع، كأن تنتهي مسابقة بحرية بهلاك الطاقم، لأن خطر الموت غير عادي لا تنصرف إليه إرادة الأطراف[918]. وتجنبا لهذا التذبذب، اغتنم القضاء الفرنسي عدم انطباق قانون حوادث السير بين المتسابقين الرياضيين على دراجات نارية، ليتيح لهم حق القيام على أساس المسؤولية الشيئية، دون معارضتهم بقبول المخاطر. وهو موقف مبدئي، يتعدى الملابسات ليرتقي إلى لبنة جديدة في نظامها[919]، وينصت إلى نداء بحذف قبول المخاطرفي المادة الرياضية[920].

ويطرح نطاق المسؤولية الشيئية نفس التساؤل في خصوص إحداث المخاطر.

915 TGI Strasbourg, 14 Févier 1977, Dalloz 1978, p. 24.

تحول إلى الصحراء المغربية مع وجود حرب بين المملكة المغربية وجبهة البوليزاريو.

916 Chambéry, 6 juin 1978, R.T.D.Civ. p. 361, obs. Durry.

918 Civ. 2ème, 18 mars 1995, R.T.D.Civ. 1995, p. 905 obs. Jourdain; J.C.P. 1995 II 22499, note I. Gardach..

919 Civ. 2e, 4 nov. 2010, RTDciv. 2011, p. 137, obs. Jourdain ;D. 2010, 2722, obs. I. Gallmeister ; JCP 2011, n° 12, note D. Bakouche.

920 S. Hocquet-Berg, Vers la supression de l'acceptation des risques en matière sportive, Res. civ. ass. 2002, Chr. 15.



### 2.3 ـ إحداث المخاطر

**246.** هي المسألة التي يحدث فيها أطراف أضرارا لبعضهم، كأن تتقابل سيارتان[921] أو أكثر في اتجاه معاكس، فتتصادم مع بعضها وتحدث لكل راكب أضرارا مادية للآخر، وكذلك الشأن لدراجتين عاديتين، تسبب كلا راكبيهما للآخر في أذى مادي وبدني. فهل يمكن تطبيق المسؤولية الشيئية في هذين الفرضيتين؟

تمتاز هذه الوضعية باعتماد المسؤولية الشخصية. إذ يؤول فيها التعويض لكل سائق بحسب مساهمته في الحادث. وللمحكوم به جزائيا على المدني سلطة مطلقة إذا تم التداعي على أساس الفصل 83 م إ ع[922]، وفق ما استقر عليه فقه القضاء في معظمه بعد قرارات الدوائر المجتمعة لسنة 1995 . وللمسؤولية الشيئية مزية تحقيق تعويض كامل للطرفين دون تجزئة للمسؤولية، او تحديد ذلك لأي طرف من الأطراف. ولكن القضاء التونسي اهتدى مبكرا إلى أحقية كل طرف في القيام على أساس الفصل 96م اع. وأكدت محكمة الإستئناف بتونس أن "قرائن المسؤولية التي جاء بها الفصل 96 م ا ع، لا توقف الواحدة مفعول الأخرى، بل بالعكس فإن كلا منها يسري مفعولها كاملا لفائدة كل من المتضررين"[923].

**247.** ويشبه هذا الموقف ما استقر عليه القضاء الفرنسي قبل قانون 5 جويلية 1985 المتعلق بحوادث السير، إذ أقر لكل سائق دعوى مباشرة ضد

921 كان المشكل مطروحا فيما مضى، في حوادث السيارات. ولكن قانون 15 أوت 2005 ضيق نسبيا من فائدة هذا النقاش في خصوص الأضرار البدنية، لتبقى في حدود الأضرار المادية، إذ يقبل فيها اتجاه قضائي انطباق الفصل 96 م. ا. ع.

922 ومن المواقف القضائية من أسس دعوى التعويض عن الأضرار المادية على أساس اقتران بين الفصل 121 من مجلة التأمين، والفصل 83 م. ا.ع.

923 استئناف تونس عدد55430 في 31جويلية 1962، م.ق.ت.،1962، عدد 10، ص.53.

شركة تأمين الطرف الآخر، دون أن يتم تبرير هذا الموقف تبريرا قانونيا مستساغا حسب الفقه. فالحقيقة أن الحادث واقعة لا تتجزأ، في حين أن التعويض الكامل يعالج المسؤولية وكأن الحادثين منفصلان عن بعضهما، مما ألهم بعض الفقهاء العودة إلى تعطيل قرينة المسؤولية الشيئية بالنسبة للسائقين معا[924]. ويفرد القانون اللبناني هذه الوضعية بحكم خاص في الفصل 132 من قانون الموجبات والعقود، فيخرجها عن أنظار المسؤولية الشيئية ليخضعها إلى المسؤولية الشخصية[925]. ويتفاعل هذا النص مع إطاره الزمني، حيث كانت هذه الرؤية غالبة في القانون الفرنسي، الذي كرع منه أحكامه في المسؤولية. ولكن القضاء الفرنسي أجلى هذا الموقف، وقبل بالنقد الفقهي ضد تعطيل المسؤولية الشيئية عند إحداث المخاطر ليطبقها لصالح السائقين[926]. ويؤدي ذلك إلى تعزيزجانب كل من يطلب التعويض من السائقين. والموقف محسوم لصالح الغير المتضرر من الحادث خاصة مع تغير نظام التفصي في المسؤولية الشيئية؟

## 2 ــ الفقرة الثانية: التفصي من المسؤولية الشيئية

248. عند توفر شروط المسؤولية الشيئية، يمكّن الفصل 96 في فقرته الثانية الحافظ من درء أحكام القرينة التي قامت ضده بإثبات أمرين مجتمعين حسب صيغة الفصل.

[924] Flour et Alii, n° 251, p 311.

[925] ينص الفصل 132 م. ع. لبناني أنه " إذا نجم الضرر عن عدة أشياء من الجوامد كتصادم سيارتين مثلا فإن التبعة الوضعية تزول وتحل محلها التبعة العادية المبنية على الفعل الشخصي".

[926] Viney et Jourdain, Les conditions, n° 640, p. 617 s. et les références.
وتمادى هذا الموقف بعد قانون جويلية 1985، الذي لم يتعرض لهذه المسألة، ولذلك فإن استقلالية هذا القانون عن المسؤولية الشيئية نسبية في القضاء الفرنسي.



ــ أنه فعل كل ما يلزم لمنع الضرر.

ــ وأن الضرر نشأ بسبب أمر طارئ أو قوة قاهرة أو خطأ المتضرر.

ظاهر الفقرة الثانية يجعل التفصي عسيرا باجتماع الأمرين معا، وهو أمر إيجابي بالنظر إلى المتضرر وحظوظ التعويض لديه. فالأمل ضئيل في أن يجمع الحافظ سببي التفصي لديه. وبما أن الفصل 88 من الظهير المغربي ذو صيغة مماثلة للنص لدينا، فإنه يوحي كذلك بأن التحلل من المسؤولية الشيئية مستبعد عند الحافظ[927].

ولكن هذا الانطباع الأولي لا يخفي الجدل الهادر الذي ثار حول تفسير النص فقها وقضاء، مما يدعو إلى الوقوف أولا حول طبيعة القرينة (أ)، وأثر ذلك في التفصي، ثم إلى بداية توحيد المواقف حول ذلك بداية من قرارات الدوائر المجتمعة لسنة 1995 (ب).

### أ ـ طبيعة قرينة الفصل 96 م. إ. ع

**249**. لا إجماع حول هذه المسألة التي أبدى فيها الكثيرون برأيهم، فتعددت المواقف الفقهية حولها. فمن الفقهاء من أكد أنها تقوم على الخطأ ، في حين رأى فيها آخرون قرينة سببية ، أو قرينة مسؤولية بالنظر إلى طبيعتها الاجتماعية . ونلمس نفس النقاش في الأنظمة الأخرى، فالتفصي يتبع نظام القرينة وطبيعتها[928].

[927] الخمليشي، دفع المسؤولية عن الأشياء في ظل المهدة 88 من ظهير الإلتزامات والعقود بفعل ما هو ضروري لتفادي الضرر، المجلة القانونية والسياسية والإقتصادية بالمغرب 1977، عدد3، ص.9.

[928] كمال نقرة، تطور نظام المسؤولية الشيئية من خلال فقه قضاء محكمة التعقيب ، في "خمسون عاما من فقه القضاء المدني، مركز البحوث والنشر، 2010، ص.897. في القانون المصري يرى بعض الفقهاء أن القرينة في الفصل 178 قرينة سببية لأنه يجوّز دفع المسؤولية بإثبات السبب الأجنبي. ويدافع البعض الآخر عن عدم إمكانية دفعها أصلا. الصدة، ف. 530، ص. 576.

والتزم القضاء كذلك بنفس المنهج. وذهب شق إلى اعتبار الفصل 96 مؤسسا على قرينة خطأ[929]، وأن مبدأ المسؤولية الواردة بالفصل 96 م ا ع يتحلل منها الحافظ بإثبات غياب الخطأ[930] . ويعد حصول الحادث مؤشرا على الخطأ، فلا يدفع إلا بإثبات غياب ذلك الخطأ[931]. ويرتبط بذلك الفصل 96 بالفصل 83 م إ ع ليكون تطبيقا من تطبيقاته، إذ يتعلق بالخطأ المفترض في الحفظ[932]. وينهض الحكم الجزائي القاضي بعدم سماع الدعوى دليلا على غياب الخطإ، و دليلا على تفصي الحافظ[933]، فتنسحب حجية الجزائي على المدني على التفصي فيسهل الأمر على الحافظ.

**250.** ولكن شقا قضائيا آخر خرج عن هذا التفسير الضيق رغما عن إرسائه للمسؤولية الشخصية، واشترط عملا إيجابيا من الحافظ يقوم على سلوك يهدف إلى بذل قصارى الجهد في تجنب فعل الشيء دون التوقف على غياب الخطأ[934]. وطالب بالبرهنة على عمل إيجابي يرمي إلى تجنب ذلك الفعل[935].

929 تعقيبي مدني عدد 9846 في 4 جوان 1973، ن. ص. 68. تعقيبي مدني عدد 2451 في 21 أكتوبر 1980، م. ق. ت. 1981، ص. 87 .

930 تعقيبي مدني 24 أوت 961 ، م. ق. ت. 1962، عدد 3، ص. 53 . عدد 16726 في 16 مارس 1989، ن. ج. II، ص. 137.

931 تعقيبي مدني عدد 8532، في 31 ماي 1973، ن، ص. 21.

932 تعقيبي مدني عدد 7773 في 29 أفريل 1971، ن. ص. 63.

Cas. Civ, 9846 du 4 juin 1973, R.T.D. 1975, p 131 note S. Bouraoui.

933 تعقيبي مدني عدد 2451 مؤرخ في 21 أكتوبر 1980، م. ق. ت. 1981، عدد 1 ص. 87. إبتدائي في 9 جويلية 1979، م. ت. ق. 1980، ص. 431 تعليق نبيلة المزغني. تعقيبي مدني عدد 5461 في 30 نوفمبر 1967، م. ق. ت. 1968، ص. 487. تعقيبي مدني عدد 63341 في 13 جانفي 1972، م. ق. ت. 1974، عدد4، ص. 24. تعقيبي مدني عدد 4959 في 17 فيفري 1982، ن. I، ص. 87. تعقيبي مدني 6360 في 19 ماي 1982، ن. III 173.

934 تعقيبي مدني عدد 7773 في 29. 4 . 1971 ، **سابق الذكر** ، كذلك تعقيبي في 31 ماي 1973، سابق الذكر.

935 Dahdouh Habib, l'indemnisation des victimes d'accidents d'automobiles, comparaison des droits français et tunisien, Paris I, 1984 p 96.



وهذا الاتجاه الذي يشترط عملا إيجابيا غلب في تفسير الفصل 88 من الظهير المغربي نظير الفصل 96 م ا ع. فقد ذهب المجلس الأعلى المغربي إلى الذكر بأنه " لا يكفي قول المحكمة أن السائق كان يسير بسرعة طبيعية وأنه انحاز إلى اليمين لما رأى سيارة الضحية تترنح بين اليمين واليسار، فيجب على المحكمة أن تبين بإسهاب ما إن كان السائق قد خفض من سرعته لما رأى سيارة الضحية تترنح وأن اعترضت طريقه وأنه فعل كل ما يلزم كالضغط على الفرامل مثلا إلا إذا استحال عليه ذلك أو استحال عليه القيام بأية محاولة"[936].

**251.** ولا يقف الاختلاف عند هذه النقطة. فقد ذهب القضاء في اتجاهات أخرى تتعارض مع السابق. وفي قرار مؤرخ في 22 ديسمبر 1986[937] ، أكدت محكمة التعقيب أن الفصل 96 يقوم على قرينة مسؤولية. وأردفت في مناسبة أخرى أن التفصّي في الفصل 96 لا يمكن حصوله بإثبات غياب الخطأ اعتمادا على حكم جزائي بالبراءة[938].

ولا ينحصر الاختلاف في مستوى محكمة التعقيب. فهو من سمات قضاة الأصل، وتنعكس تلك المواقف لديهم. فمنهم من يشترط في التفصي إثبات الأمر الطارئ[939]، ومنهم من يقيم الأمر على غياب الخطأ.

936 المجلس الأعلى المغربي 18 مارس 1970، فقه قضاء المجلس الأعلى عدد 16، ص. 50.

937 تعقيبي مدني عدد 16819 في 22 ديسمبر 1986، ن. ج. II ص. 288 . "إن مبدأ المسؤولية الواردة بالفصل 96 م.إ. ع. يرتكز على قرينة الخطأ المحمولة على كاهل من في حفظه الشيء المتسبب في الضرر الأمر الذي يجعله مطالبا إذا أراد دفعها والتفصّي من آثارها بإثبات ما ينتفي به خطؤه، وهذا مزج بين نظام قرينة المسؤولية ونظام قرينة الخطأ، في حين أن الاصطلاحين يختلفان دلالة ومفهوما".

938 قرار عدد 16819 في 22 ديسمبر1986، م. ق. ت. 1987، عدد 3، ص.43 والتعليق.

939 محكمة تونس 5 مارس 1973، م. ت. ق. 73 ص. 187، سابق الذكر.

الاختلاف في حد ذاته يسبب عدم وضوح موقف القانون وحلول العتمة حيث الحاجة ولاشيء دونها للوضوح. وهو لا يوافق الصيغة الظاهرة للفصل 96 م إ ع. وما يزيد الأمر سوءا أنه ينصب في قطاع مأسوي، سيّما ذلك الذي يرتبط بحوادث المرور، إذ يجدر تخصيص الفصل 96 م إ ع للقيام بوظيفة اجتماعية[940] في تقديم التعويض للضحايا. والمستفيد الأساسي منه قطاع التأمين، وقد صار إجباريا في حوادث السير ليتحمل التعويض ويمكّن المتضرر من ذمة مليئة. ويزداد الاختلاف سلبية بسبب الوشائج العضوية التي ضبطها اتجاه قضائي بين حكم القاضي الجزائي في الدعوى العمومية المنبثقة عن نفس الوقائع بعدم سماع الدعوى، وبين المسؤولية الشيئية عند إثارتها لدى القضاء المدني. وكلها هنات تحسست لوجودها ولخطورتها الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب.

### ب ـ قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب

252. في سلسلة من القرارات الصادرة بتاريخ 16 مارس 1995[941]، أكدت محكمة التعقيب أن المسؤولية عن الفعل الشخصي موضوع الفصلين 82 و83 م إ ع لا تثار قطعا أمام القاضي المدني، إذا ما تمّ الحكم جزائيا بعدم سماع الدعوى العمومية القائمة على الخطأ الجزائي المناظر لموضوع الفصلين،

[940] محمد الزين، محاضرات مرقونة. كلية الحقوق بتونس ، 2001-2002.

[941] قرارات الدوائر المجتمعة، مركز النشر والبحوث القضائية 1995 .1996، ص. 7 إلى19 . م. ت. ق 1996، ص. 53، تعليق محمد الزين. حول هذه القرارات عبد الله الأحمدي: تعليق على قرارات الدوائر المجتمعة الصادرة في 16 مارس 1995 تحت عدد 28564 و44851 و45822 و42389، الأحداث القانونية 1996، عدد 10، ص. 157. م. ق. ت. 1998، ص. 69. نجاة البراهمي، "التوجه الجديد لفقه القضاء التونسي بخصوص أساس المسؤولية الشيئية من خلال قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب الصادرة في 16 مارس 1995"، م. ق. ت. 1996، عدد 6، ص. 84.
N. Ben Ammou," L'évolution récente de la jurisprudence en matière de responsabilité civile", RTD. 1996, p. 27.



تأكيدا منها على وحدة الخطأ الجزائي والمدني. ولكن ميزة هذه القرارات أنها أبدت القيام في هذه الوضعية على الفصل 96 م إ ع لعدم قيامه على الخطأ، بل على أساس الضمان. فاستقلت المسؤولية الشيئية عن المسؤولية الشخصية استقلالا تاما، لتصبح مبدأ موازيا لها تقوم حتى عندما يفقد الخطأ التقصيري.

253. ويحسب لها أنها أخرجت الفصل 96 م إ ع من حرب أهلية قضائية لتضع له سندا يجمع حوله القضاء، وأنها أنقذته من ليل دامس وطويل ، فأصبح ملاذ المتضرر عندما لا تسعه أحكام الفعل الشخصي، وخشبة النجاة بعد أن حسم الأمر في مآل دعوى المسؤولية القائمة على تلك الأحكام تبعا لحكم بعدم سماع الدعوى الجزائية. ولم تترك القرارات موطنا للتأويل أو التساؤل. فمن مزاياها- بالإضافة إلى تعليل علمي أنيق- إقامتها للفصل 96 م إ ع على الضمان، وهو يعني لأول وهلة سندا موضوعيا، خارجا عن البوتقة الذاتية التي تجاذبته طويلا مع الأسس الأخرى.

فماذا يفيد الضمان؟

254. هو مصطلح ورد كثيرا في مجلة الالتزامات والعقود. ويعيد مبدئيا إلى الفقه الإسلامي ذي الطبيعة الموضوعية[942]. كما يمكن أن يقترن بنظرية ستارك[943]، ببعدها الموضوعي الثابت إذا تعلق الأمر بالتعويض عن

[942] ورد في الفقه الإسلامي (كشاف اصطلاحات الفنون للشيخ محمد التهانوي الضمان بالفتح وتخفيف الميم هو الكفالة ... والصحيح أن الضمان أعم من الكفالة لأن من الضمان ما لا يكون كفالة كما يظهر من تفسير ضمان الغصب وهو عبارة ردّ مثل الهالك إن كان مثليا وقيمته إن كان قيميا. وتقدير ضمان العدوان بالمثل ثابت بالكتاب. والسنة. المجلد الثاني، ص. 895.كلكوتا .1862 في هذا الاتجاه، الأستاذ عبد الله الأحمدي، المقال السابق.أما الأستاذ أحمد بن طالب، فيرى أنه اختزال للمبدإ العام الخراج بالضمان، الوارد بالفصل 554 م.إ.ع. مجلة الالتزامات والعقود أمام الدوائر المجتمعة، مقال في مانوية م.إ.ع. مركز النشر الجامعي، 2006، ص. 265.

[943] N. Bargue, Essai sur la notion de garantie, Th. Paris I, 2008.

الأضرار البدنية. ومهما يكن من أمر، فإن القرارات وضعت الفصل 96 م إ ع في مدار جديد يختلف تماما عن قرينة الخطأ التي اتسم بها كمّ هائل من القرارات، وأصبح معولا ناجعا للتعويض متناسقا مع وضعية المسؤولية المدنية خاصة في حوادث المرور، قبل تنقيح 15 أوت 2005.

وبفضل ثراء هذه القرارات أثيرت عديد التساؤلات. ومن بينها ما يتعلق بنطاقها. فهل تراها مقتصرة على حوادث المرور دون غيرها من الحالات المرتبة للمسؤولية الشيئية، ليقوم "الضمان" عند تلك الحوادث فقط، لتعود قرينة الفصل 96 م إ ع إلى فلك المسؤولية الذاتية[944] كلما تعلقت بنطاق آخر؟

**255**. لم يفرّق الفصل 96 م إ ع بين الأشياء، وبين السيارات وغيرها من المنقولات الأخرى. ولم تنقل القرارات هذا التمييز. فلا شيء يوحي به في حيثياتها. وتأكد هذا الاتجاه، بسحب نفس النظام على الأشياء المعنية بالفصل 96 م إ ع. فقد طبق على المسابح، والمقاطع، وأرضية الحمام، وعلى الأضرار اللاحقة بالمشاركين في قرية الألعاب، وقوارير الغاز بنفس الرؤية وبنفس أساس الضمان، دون حصر وتقييد بحوادث السير.

[944] لهذا السؤال ما يبرزه إن استأنسنا بالقضاء المقارن الفرنسي. فعندما اعتبر قرار Desmares لسنة 1982 أن المسؤولية لا تدفع إلا بالقوة القاهرة وكل سبب أجنبي له ميزات القوة القاهرة، حتى خطأ المتضرر نفسه، فإنه لم يستقر على ذلك بعد قانون جويلية 1985 المتعلق بحوادث السير، وعاد إلى اعتبار الفصل 1384 ف. 1 قائما على قرينة خطأ.
Marty et Raynaud, ouvrage précité, n°517, p.631.
Civ.2ème, 6 avril 1987. D. 1988, I. J. 32 note ch. Mouly, J.C.P. 1987, II 20828, note F. Chabas.( 4 arrêts).
وهي أربع قرارات اقترنت بالعودة إلى قرينة الخطأ.
« Le gardien de la chose du dommage est partiellement exonéré de sa responsabilité s'il prouve que la faute de la victime a contribué au dommage ».



**256**. وبما أنها أرجعت الفصل 96 م إ ع إلى الضمان وإلى أسس موضوعية، فإن مسألة جوهرية تبسط في سياق هذا المبني لمعرفة مدى اشتراط التمييز لدى الحافظ. فقرارات الدوائر المجتمعة تخلت عن قرينة الخطأ، وقبلــت بسند موضوعي للفصل 96 م إ ع. والراجح أنها تستغني منطقيا عن هذا الركن الذي وضعه الفصل 105 م إ ع في الخطأ الذاتي ليقرن في الخطأ بين التعدي وإدراك التعدي. الحفظ في نظرية الضمان سلطة موضوعية على الشي، تستغني لقيامها عن الميز. ولهذا التحليل انعكاس مباشر على وضعية الصبي غير المميز والمجنون. فإذا قام الفصل 96 م إ ع على قرينة الخطأ، فإن صفة الحافظ تنتفي قطعا لديهما، إذ لا عهدة عليهما عملا بالفصل 105 م إ ع. أما وأن الأساس أصبح موضوعيا وذا نزعة تعويضية، فيمكن اعتبار الصبيّ غير المميز حافظا ومسؤولا وفق أحكام المسؤولية الشيئية، إذا جمع سلطات الاستعمال والتوجيه والمراقبة.

**257**. وفي القضاء الفرنسي شاهد يستأنس به في هذا الموضوع. فقد ربط بين الحفظ والتمييز أولا، ورفض اعتبار هذه الصفة لدى غير المميز[945]. ولكنه غيّر مواقفه واعتبر أن الاضطرابات النفسية أو حتى الجنون الواضح لا يتناقض مع صفة الحفظ[946]. وقبل كذلك بنفس الحل للصغير غير المميز[947] دون حواجز قانونية، سيما وأنه منذ سنة 1968 رتب الفصل 489-2 المسؤولية الشخصية دون توفر الميز، في حين أن هذا العائق يقوم في القانون التونسي عملا بأحكام الفصل 105 م إ ع. ويعود الإشكال مجددا مع الذوات

[945] Civ. 28 avril 1947,D. 1947, 329, note Lalou, J.C.P. 1947, II, 3601, note I.D.
[946] Civ. 18 décembre 1964, D 1965, 191, conc Schmelck, note Esmein, J.C.P. 1965, II 14304, note Dejean De La Batie, R.T.D. Civ 1965, 351, obs. Rodière .( arrêt Trichard).
[947] Ass. Plénière. 9 mai 1984. D. 1985, p. 525, note. (Arrêt Pullenworth).

المعنوية، ليشهد قبول صفة الحفظ لديها على مد موضوعي واضح تقوم فيه المسؤولية الشيئية عند شخص اعتباري عديم الميز. ويستوي الأمر في القضاء التونسي[948]، والقضاء الفرنسي[949]. ولكن الانفصام بين المسؤولية الشخصية والمسؤولية عن فعل الأشياء حاصل ومحقق، ولا ضير في أن تقوم أحكام كل نظام مستقلة عن الآخر، بعد أن ارتضى القضاء نظرة موضوعية صرفة للمسؤولية الشيئية.

أمّا التساؤل المنطقي الذي ينبثق مع كل قرار للدوائر المجتمعة، فيتعلق بمدى تأثيره النفسي والفقهي على القضاء.

**258.** الملاحظة البديهية هي انبثاق خطاب موضوعي في المسؤولية الشيئية. فقد أصبح ظاهرا في فقه القضاء التوجه الجديد في المسؤولية الشيئية بكمّ وفير. وهي تقوم على مبدأ التبعة الوارد بقاعدة الفصل 554 م.إ.ع: "إن المسؤولية عن فعل الأشياء لا ينظر فيها إلى خطأ حافظ الشيء وإنما هي مسؤولية موضوعية أساسها المبدأ القائل بأن من له النما عليه التوا ..."[950]. وتستمد مباشرة من مصطلح "الضمان" الذي اعتمدته محكمة التعقيب السند الواضح للفصل 96 م.إ.ع. فقد ذكرت بعض القرارات أن "أساس قرينة المسؤولية الشيئية ليس الخطأ وإنمّا ضمان التعويض المحمول على كاهل حافظ الشيء المتسبب في الضرر، ولا يمكن له التفصي من تلك المسؤولية إلا بإثبات أمرين متلازمين وهما أنه قام بما يلزم لمنع الضرر وأن الضرر نشأ بسبب أمر طارئ أو قوة قاهرة أو بسبب من لحقه"[951]. ومن القرارات من استشهد

[948] القرارات المذكورة في تعريف الحفظ.

[949] Civ.2ème, 22 février 1984, D. 1985, p.19, note E. Agostini.

[950] تعقيبي مدني عدد 8919 في 7 جوان 2001، ن. ص. 85.

[951] تعقيبي مدني عدد 10897 في 10 جوان 2002، ن. ص. 193. كذلك عدد 28375 في 24 ديسمبر 2003، ن.ص. 463، " إن المسؤولية الشيئية ترتكز على الضمان وليس الخطأ كما هو الحال



بقرارات الدوائر المجتمعة أصلا، واقتفى أثرها فيما ذهبت إليه من أساس للمسؤولية الشيئية[952].

وتتطابق قرارات أخرى مع هذا النفس الموضوعي بتنويع اصطلاحي جديد، ذكرت فيه أن المسؤولية الشيئية تقوم على قرينة مسؤولية[953]، وقد خصصت قرارت الدوائر المجتمعة هذا الأساس عندما تسنى لها الخوض مجددا في مبنى الفصل 96 م ا ع وقارنته بنظيره الفصل 83[954]. وتترادف في تحليل تلك القرارات مع قرينة السببية، إذ أن الضرر يكفي لقيامها طالما كان مرتبطا سببيا مع فعل الشيء. ولذلك فالتفصي لا يتم إلا بإثبات القوة القاهرة أو السبب الأجنبي. إلا أن بعض القرارات لم تستخلص ذلك، واشترطت للتفصي من قرينة المسؤولية إثبات غياب الخطأ[955].

ومن شواهد أفول التحليل الذاتي الفصل 96 م إ ع وتراجع الخطأ كأساس له، الفصل في الإجراءات. فقد ولّى زمن "الجزائي يعقل المدني" عند القيام على أساس المسؤولية الشيئية. الفصل 7 ف. 2 م إ ج لا يطبق إلا عند الاعتماد على الخطأ المدني (ف 83 أو 82 م إ ع) في الدعوى المدنية. فيلزم القاضي المدني حينها بانتظار مآل الدعوى العمومية. وإذا كانت الدعوى على أساس الفصل 96 م إ ع فلا ينتظر ذلك، لأن الفعل مستقل عن الخطأ

المسؤولية التقصيرية". كذلك تعقيبي مدني عدد 24570 مؤرخ في 15 ماي 2003، ن. ص. 180. عدد 27605 في 23 سبتمبر 2003، غير منشور:" أساس المسؤولية الشيئية ضمان الضرر الناشئ عن حفظ الشيء، بدون أي تقيد بالخطأ الجزائي".

[952] تعقيبي مدني عدد 11080 في 11 جانفي 2002، غير منشور. تعقيبي مدني عدد 13620 في 2002.10.21، غير منشور، مع إضافة "قرينة المسؤولية" كمصطلح آخر.

[953] تعقيبي مدني عدد 12013 في 2002.01.21، غير منشور، عدد 12155 في 2002.01.29، غير منشور. عدد 20281 في 2002.10.25، غير منشور.

[954] الدوائر المجتمعة قرارمدني عدد 1629، مؤرخ في 29 مارس 2007، مجموعة قرارات الدوائر المجتمعة 2006.2007، ص. 391.

[955] تعقيبي مدني عدد 16225 مؤرخ في 7 جوان 2002، غير منشور.

التقصيري[956]. وفي أصل الدعوى المدنية، لا يؤثر وجود حكم جزائي سابق على التعويض إذا ما ركن المتضرر إلى المسؤولية الشيئية، لاستقلالها أصلا عن المسؤولية الشخصية. فلا عبرة بالحكم الجزائي القاضي بعدم سماع الدعوى[957] عند الاستناد على الفصل 96 م إ ع، لأنه يرتكز على الضمان وليس الخطأ كما هو الحال في المسؤولية التقصيرية. وتأسيسا على ذلك، فلا وجه للتمسك باتصال القضاء بموجب الحكم الجزائي القاضي بالإدانة وذلك لاختلاف السند بين الدعوى الجزائية والدعوى المؤسسة على أحكام الفصل 96 م إ ع[958].

**259.** ورغما عن هذا المدّ الموضوعي، فإن حضور الخطأ لم يغب نهائيا عند القضاء. ويؤدي استقراء القضاء إلى إدراك فويرقات تميز بعض المواقف. فمنها من بقي على عقيدته الذاتية التقليدية مستمدا أحكام المسؤولية الشيئية من الفصل 83 م إ ع[959]، ومنعزلا تبعا لذلك عن سواد المشارب القضائية. ومنها من أرسى ازدواجية الخطأ بين المدني والجزائي، ليعتبر الفصل 96 م إ ع قائما على الخطأ دون أن يكون للحكم الجزائي القاضي بعدم سماع الدعوى أي تأثير على وصف الوقائع واعتماد الفصل 96 م إ ع[960]. وهي تخرج عن قرارات الدوائر المجتمعة، وتقطع شأوا رفضت تلك القرارات

---

[956] تعقيبي مدني عدد 63148 مؤرخ في 9 مارس 1998، غير منشور. كلما تأسست مقتضيات الفصل 96 م إ ع مستقلة عن الخطأ وقامت على الضمان، فإنه يتعذر الاحتجاج بمقتضيات الفصل 7 م إ ج، وهذا المنحى استخلصه فقه قضاء محكمة التعقيب من قرارات الدوائر المجتمعة. كذلك تعقيبي مدني عدد 5657 في 4 فيفري 1997، ن. ج. II ص. 125، ثم عدد 27605 في23 سبتمبر2003، غير منشور.

[957] تعقيبي مدني عدد 17171 في 27 جوان 2002، غير منشور.

[958] تعقيبي مدني عدد 28375 مؤرخ في 24 ديسمبر 2003، ن. ص. 175.

[959] تعقيبي مدني عدد 18262 في 22 أكتوبر 2002، غير منشور، وهي دائرة لها موقف مستقر من هذا الأمر عدد 68823 مؤرخ في 7 جانفي 1999، غير منشور.

[960] تعقيبي مدني 1 أكتوبر 1986، ن. ج. I. 418، مدني عدد 10228 في 9 جانفي 1984 ، ن. I، ص. 43 .



الارتقاء إليه. كما تبلور في مفهوم الخطأ في الحفظ[961]، دون أن يكون المصطلح ذاتيا، كما يوحي به ظاهره لأول وهلة، وفيه تشدد في التفصّي، فلا يتوفر بإثبات غياب الخطأ بل بإثبات سلوك إيجابي، والقيام بما يجب فعله "لتجنب المسؤولية" مع إثبات آخر للقوة القاهرة أو الأمر الطارئ[962]. والأرجح أن بعضا من هذه القرارات الأخيرة تحشر في زمرة القرارات التي تعتمد قرينة المسؤولية، وأن دقة الإصلاح تؤدي إلى ذلك.

ومن سمات التشدد في التفصّي عدم الاكتفاء بغياب الخطأ، واشتراط عمل إيجابي من الحافظ[963]، وفي ذلك موافقة لتحليل فقهي سابق[964].

والخلاصة أن فقه القضاء أرسى نظاما موضوعيا غالبا، مع جيوب مقاومة ضعيفة للنظرية التقليدية.

**260.** ولكن هذا التطور أثمر جدالا إضافيا. فقد تمت معالجة قرينة المسؤولية المنبثقة من "الضمان" كقرينة سببية من الناحية العمليّة. وأثير فعل المتضرر ومدى مساهمته في التحلل منها. ظاهر النص يفيد أن الاقتران بين الأمر الطارئ وفعل المتضرر يعني أن هذا الفعل يجب أن يوفر ميزات القوة

---

[961] وهو موقف سابق عن تلك القرارات. تعقيبي مدني عدد 16819 في 22 ديسمبر 1986، ن. ج. II ص. 288، م. ق. ت. 1987، عدد 3 ص. 43، تعليق إلياس العياري. وتمادى بعد تلك القرارات تعقيبي مدني عدد 52104 في 16 أفريل 1996، ن. ص. 339. تعقيبي مدني عدد 54683 في 25 سبتمبر 1996، ن. ص. 412. تعقيبي مدني عدد 74929 في 15 أكتوبر 1999، ن. II، ص. 110 . تعقيبي عدد 13670 في 3 جانفي 2002، غير منشور، مذكور عن زهرة الدباشي.
Les causes d'exonération du gardien d'une chose,Mémoire,fac.droit de Sfax.2004-2005,p.79 et les cf.

[962]. تعقيبي مدني عدد 56570 في 4 فيفري 1997، ن. ج. II ص. 125. عدد 44781 في 4 فيفري 1997، ن. II ص. 116، عدد 17267 في 18 جوان 2000، غير منشور.

[963] قبل صدور القرارات وبعدها. ( زهرة الدباشي ص 63 والمراجع العديدة). كذلك تعقيبي مدني عدد 16897 في 10 جوان 2002، ن. ص. 193.

[964] Khouildi (A), La responsabilité du fait des choses inanimées en droit tunisien, Th. Aix en Provence. Marseille 1990, p.252.

القاهرة، ليكون له أثر في التحلل. ويعني هذا أيضا أن فقدان تلك الميزات يعطل تنصّل الحافظ من المسؤولية الشيئية. إلا أن الدور السببي لفعل المتضرر أو لخطئه أثر في التفصّي النسبي وحقق تجزئة للمسؤولية. ويلتقي هذا التحليل مع الاتجاه القضائي الذي هزّه الحنين إلى الخطأ، فبقي يجزئ المسؤولية الشيئية بالنظر إلى مساهمة المتضرر[965].

وفي هذا تراجع عن مواقف الدوائر المجتمعة، ورجوع إلى مواقف حاولت تلك القرارات تجاوزها ولفها نهائيا تحت ستائر الضمان، لتعزيز حظوظ المتضررين. فكان لزاما أن تجتمع دوائر بمحكمة التعقيب لتوحد مواقف القضاء في خصوص تجزئة المسؤولية وتلغيها وفقا لنظام التفصّي في الفصل 96 م إ ع.

### ج – قرارات الدوائر المجتمعة بتاريخ 30 ماي 2002

**261.** أمام اختلاف القضاء في خصوص مسألة فعل المتضرر أو خطئه وتنافر مواقفه أصدرت محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة في 30 ماي 2002 قرارين[966]، بينت فيهما موقفها من تجزئة المسؤولية وحسمت المسألة كما يلي: "حيث يؤخذ من أحكام الفصل 96 م إ ع أن قيام العلاقة السببية بين أحكام الشيء والضرر تنشأ عنه قرينة قانونية على مسؤولية الحافظ وهذه القرينة لا يكفي لدحضها إثبات الحافظ أنه فعل كل ما يلزم لدفع الضرر، بل حتى في هذه الحالة يبقى مسؤولا إلى أن يثبت أيضا السبب الأجنبي المتمثل في القوة القاهرة أو السبب الطارئ أو خطأ المتضرر أو الغير. وحيث سيتخلص من ذلك أن تجزئة المسؤولية التقصيرية القائمة على الحفظ غير ممكنة لأن التجزئة تقتضي

[965] تعقيبي مدني في 25 سبتمبر 1996، ن. I، ص. 415.

[966] دوائر مجتمعة عدد 4210 و1751 في 30 ماي 2002، م.ت.ق. 2004، ص. 267، تعليق م. الغزواني.



ثبوت الحفظ وعدم الحفظ في نفس الوقت وهذا غير جائز منطقيا وقانونيا لأن حافظ الشيء ملزم قانونا بالحفظ التام".

لم تحمل هذه المواقف أمرا فجئيا غير متوقع، بل كانت في سياق تيار قضائي رفض تجزئة المسؤولية، فكانت عديد القرارات شبيهة بالإرهاصات التي تلوّح باستقرار ذلك نهائيا. وقد استندت محكمة التعقيب على صيغة الفصل 96 م إ ع، وهي التي ترتب المسؤولية أو تنفيها كليا دون أن تذكر منزلة وسطى تتجزأ فيها المسؤولية الشيئية[967]، لأن التجزئة مرتبطة بالخطأ، وهو أساس أجنبي عن الفصل 96 م إ ع[968] القائم على "الضمان". المسؤولية الشيئية تكون أو لا تكون.

وكللت هذه المحاولة بتوحيد للقضاء. فهو مجمع على عدم تجزئة المسؤولية انطلاقا من قرينة المسؤولية للفصل 96 م إ ع، وانتهاء باشتراط التفصّي الكامل ورفض تبعيضه أو الجزئي منه. فالحجة أن "المشرع وضع قرينة مسؤولية محمولة على حافظ الشيء لا يرتكز على الخطأ، وإنما يكفي لقيامها حصول ضرر من ذات الشيء، وهو ما يفترض حصول علاقة مباشرة بين الضرر والشيء، وإن هذه المسؤولية لا تنتفي إلا بتوفر شرطين متلازمين لا يوقف الواحد منهما مفعول الآخر، فكل واحد منهما يسري مفعوله كاملا و لا يمكن بالتالي تجزئة المسؤولية"[969].

[967] تعقيبي مدني عدد 65058 في 26 ماي 1998، غير منشور.

[968] تعقيبي مدني عدد 14045 في 7 ماي 2002، غير منشور، كذلك تعقيبي عدد 12017 مؤرخ في جانفي 2002، عدد 12155 مؤرخ في 29 جانفي 2002.

[969] تعقيبي مدني عدد 18375 في 11 أكتوبر 2002، ن. ج. II، ص. 197. كذلك تعقيبي مدني عدد 24570 مؤرخ في 15 ماي 2003، ن. ج. II، ص. 180. "المسؤولية الشيئية المنصوص عليها بالفصل 96 م. إ. ع. مسؤولية موضوعية مفترضة قانونا وأساسها الضمان وليس الخطأ، وبالتالي فإنه لا يجوز تجزئتها استنادا إلى الأخطاء المرتكبة من المتضرر من ناحية ومن حافظ الشيء من ناحية أخرى...".
تعقيبي مدني عدد 26433 مؤرخ في 29 ديسمبر 2003، ن. ج. II، ص. 186.

**262**. ولا يؤدي تبعا لذلك فعل المتضرر ولا خطوه إلى التفصي[970] إلا إذا كان وحده المتسبب في الضرر[971]، وتتحول نقطة الافتراق لدى القضاء في تقدير التفصّي وسببه. ولا يصبح خطأ المتضرر وحده سبيلا إلى التفصّي عند بعض الدوائر، حتى إن اقترف خطأ جسيما كأن يسير في اتجاه ممنوع، فلابدّ أن يثبت الحافظ أنه فعل كل ما يلزم كأن استعمل المنبه وحاول الانحياز. وعلى عكس ذلك تكتفي بعض الدوائر بخطأ المتضرر إذا استغرق كل العلاقة السببية. والابتعاد عن التجزئة أصبح قاعدة واضحة لدى فقه القضاء تعاضده قاعدة التفصّي الكلي، دون أن يكون فعل المتضرر سببا في التجزئة.

**263**. ويتشابه القضاء التونسي مع نظيره الفرنسي في قرار Desmares، الذي اعتبر دعوة للمشرع الفرنسي لتنقيح القانون الفرنسي حول حوادث المرور. وهو ما تم فعلا. ولم يتلق الفقه القرار بنفس التقييم والانطباع. فكثير أولئك الذين رأوا فيه خروجا عن مسلمات المسؤولية التقصيرية في فرنسا[972]، بينما استحسنه البعض الآخر بحجة أن النظرة للمسؤولية يجب أن تتغير عند وجود تغطية من التأمين. وبذلك فإن قرار Desmares منسجم مع وظيفة التعويض خاصة عند حوادث المرور. و لا نرى اعتراضا على ما انتهى إليه القضاء التونسي. بل إن ما أنشأه حقيق بالاستحسان لما فيه من مجهود إنشائي ارتقى إلى رؤية علمية أنيقة، مكنت الفصل 96 م إ ع من أن يتهادى في زي علمي قشيب. أضف إلى ذلك البعد العلمي لذلك الإنشاء الذي

---

970 تعقيبي مدني عدد 15842 في 28 جوان 2002، غير منشور، خطأ المتضرر لا يكفي لتجزئة المسؤولية.

971 كان يخرق قانون الطرقات بعدم احترام علامة قف. تعقيبي مدني عدد 15578 في جوان 2002، غير منشور. تعقيبي مدني عدد 14841 في 14 جوان 2004، غير منشور.

972 J.L. Aubert, L'arrêt Desmares: une provocation à quelles réformes ? D.1983, Chr, p.1 J. Bigot, L'arrêt Desmares : retour au néolithique, J.C.P.1982, I, 3090.Terré et Alii, n°803, p.763.



أوفى بالوظيفة التعويضية للمسؤولية، وقدم القراءة التي انتظرها الفصل 96 م إ ع منذ بداية القرن.

وأمام استقرار فقه القضاء، فلا طائل من تنقيح حوادث المرور وإفرادها بنص خاص، لا سيما وأن القانون يعتبر أقل حماية للضحايا. فهو يعارض المتضرر بالخطأ غير المغتفر ويمنعه عن التعويض في هذه الوضعية، في حين أن القضاء أرسى عدم تجزئة المسؤولية وفقدان التفصّي بسببه. وهويعارض السائق بخطئه ويحدد التعويض بمدى مساهمته في الحادث. وهو تراجع مقارنة بما آل إليه القضاء التونسي، خاصة وأنه قد يحرم أصلا من التعويض إذا كان المتحمل للمسؤولية الكاملة للحادث.

## المبحث الثاني : التطبيقات الخاصة للمسؤولية عن فعل الاشياء

هناك تطبيقات خاصة تتعلق بالمسؤولية عن فعل البناء وعن فعل الحيوان (I) ، وبالمسؤولية الخاصة عن حوادث المرور(II) .

### I ــ المسؤولية عن فعل البناء وعن فعل الحيوان

#### الفقرة الأولى: المسؤولية عن فعل البناء

**264**. نص الفصل 97 م ا ع "مالك ربع أو بناء مطلقا عليه ضمان الضرر الناشئ من انهدامه أو سقوط بعضه لقدمه أو لعدم القيام بحفظه أو لخلل في بنائه. وهذا الحكم يجري في سقوط ما كان تابعا للبناء من الأشجار والمعدات اللاحقة بأبنية وغيرها مما يلحق بالأصل بحكم التبعية. وإذا كانت الأرض لمالك والأنقاض لغيره فمالك الأنقاض هو المطلوب بالضرر ..." وإذا كان القيام بحفظ البناء على شخص آخر دون المالك بموجب عقد أو غيره من

الحقوق كالاستغلال فالضمان عليه. وإن كان في الملك نزاع فالضمان على من كان بيده غير أن القيام بتعويض الضرر في الأحوال المقررة آنفا لا يقبل إلا بعد التنبيه على مالك العقار وإنذاره عند وجود خطر ظاهر". ويقابله الفصل 1386 م م فرنسية والفصل 133 من الموجبات اللبناني.

**265**. لم تشر الأعمال التحضيرية إلى أن أحكام المسؤولية عن فعل البناء مستلهمة من الفقه الإسلامي ومن القانون الفرنسي والقانون الروماني. وفي هذا النظام، كان على صاحب البناء أن يترك الأنقاض للمتضررين، ويمكن للقاضي الروماني أن يحوّز الأجوار بالبناء الذي ينذر بالسقوط. وقد انتقل هذا التصور نسبيا إلى أحكام دوما، إذ خوّلت سلطة وقتية للجار اتخاذ التدابير الوقائية أو القيام بهدم البناء المتداعي، على أن يرجع ضد المالك [973]. مشروع المجلة سجل تعارض الفصل 84 من المشروع، وهو أصل الفصل 97 الحالي مع نص الفصل 928 من المجلة العثمانية[974]. لكنه لا يحمل لوحده موقف الفقه الإسلامي من ضمان البناء. وهو ما يدعو إلى عرضه من المسألة[975].

**266**. الفقهاء المسلمون تطرقوا إلى الحائط المائل للانهدام، ففرقوا بين أمرين: الأول أن يكون الحائط مائلا ابتداء، والثاني أن يكون مستقيما ويميل بعد بنائه. فالذي يبني حائطا مائلا ابتداء أي مائلا من وقت بنائه، مسؤول

973 Ph. Le Tourneau, et Alii, Droit de la responsabilité,2010.2011, n°8011.

974 لو سقط حائط أحد ولورث غيره ضررا لا يلزم الضمان ، ولكن لو كان الحائط مائلا إلى الانهدام أولا وكان نبه عليه أحد وتقدم بقوله اهدم حائطك، وكان مضى وقت يمكن هدم الحائط فيه يلزم الضمان. ولكن يشترط ان يكون المنبه من أصحاب حق التقدم والتنبيه أي إذا كان الحائط سقط على دار الجيران فيلزم أن يكون الذي تقدم من سكان تلك الدار، ولا يفيد تقدم أحد من الخارج وتنبيهه وإذا كان انهدم على الطريق الخاص فيلزم أن يكون الذي تقدم ممن له حق المرور في ذلك الطريق، وإن كان الانهدام على الطريق العام فلكل أحد حق التقدم.

975 حول العرض ، عبد المجيد الحكيم ، القانون المدني، ج. ا، ف. 975، ص. 596.



عما يحدثه سقوط هذا الحائط من ضرر. ويردّ ذلك إلى عيب فيه منذ الابتداء، يحمل تعديا على حقوق الآخرين الذين لهم حق المرور بالقرب منه. ويجري هذا الحكم بوجه عام على جميع الأبنية المائلة أو الخارجة إلى الطريق. ومن يبني حائطا مستقيما ثم يميل بعد مدة، مختلف في حكمه. وذهب الفقهاء مذاهب ثلاثة. الأول يقول بعدم الضمان في جميع الأحوال[976]، والثاني يقول بمسؤولية صاحب الحائط عما يتلفه بسقوطه في جميع الأحوال، حتى وإن لم يطالب بنقضه أو هدمه[977]. والثالث يقول برأي وسط بين الإثنين، ويشترط للضمان أن يتقدم أحد أصحاب العلاقة ويطالب المالك بهدم الحائط قبل سقوطه. ولذا فلا شيء عليه لو سقط الحائط قبل المطالبة وحقق تلفا ماديا أو بدنيا. "والضمان عند وجوبه يقع على صاحب الحائط، والتقدم يجب أن يكون إليه، ولا تصح مطالبة المستودع والمستعير والمرتهن، لأن ليس لهم ولاية النقض"[978]. ويبدو أن المشروع لم يوافق الأخذ بالمذهب الثالث، ونراه يتماشى مع المذهب الثاني لتشديد المسؤولية. فأوجب الضمان على المالك مبدئيا، دون أن يكلف الناس بلفت انتباهه ومطالبته بإزالة الضرر، وهذا الرأي هو المأخوذ به في القانون المدني الفرنسي. ولكنه لم يغضّ النظر عن تداعي البناء للسقوط، فوافق مذهب الفقه الإسلامي في ترتيب الضمان عندما ينتبه الناس إلى تقصير المالك أو الحافظ فأوصوه بالانتباه له، لأن التقدم إليهما في هدم ما يخشى وقوعه ينعدم به معنى العذر في حقهم، وهو الجهل بميل الحائط"[979]. وهو ما يستشف من

976 اي سواء طولب صاحب الحائط بهدمه أو لم يطالب، وهو قول الإمام الشافعي وأبى سعيد الاصطخري. وسبب عدم الضمان أن صاحب الحائط "بناه في ملكه ووقع من غير فعله، فأشبه ما إذا وقع من غير ميل".

977 وقد قال بذلك ابن أبى ليلى وأبو ثور وإسحاق وبعض أصحاب الإمام أحمد بن حنبل. وحجتهم في ذلك أن صاحب الحائط "متعد بتركه مائلا فيضمن ما تلف به، كما لو كان بناء مائلا إلى ذلك ابتداء".

978 وهو مذهب جمهور الفقهاء. وقد روي هذا المذهب عن الإمام علي بن أبي طالب عليه السلام وعن القاضي شريح والنخعي والشعبي وغيرهم من أئمة التابعين.

979 المبسوط، ج. 27، ص. 9.

أحكام الفصل 98 م ا ع[980]، الذي يجعل من تعريض الغير للخطر ضربا من ضروب الأضرار الجديرة بالتعويض[981].

ولمحاولة إدراك نظام هذه المسؤولية يتجه التعرض لشروطها(أ)، ثم لآثارها(ب).

### أ ـ شروط المسؤولية عن فعل البناء.

هما شرطان: البناء(1)، وانهدامه(2) .

#### 1 ـ البنـــــــاء

267. البناء كلمة عامة، تفيد دلالتها البناءات كلها بجميع أنواع المعادن، سواء كانت بالحديد المدعم بالاسمنت أو بالطين أو بالخشب، أو تلك التي يتم تجهيزها مسبقا. وتشمل الجسور والأنفاق وكل بناء سواء كان فوق الأرض أو في جوفها. وقد توسع هذا المفهوم من خلال قانون 31 جانفي 1994 الذي تحدث عن المنشأة، وهي تفيد حسب الفصل 3 منه كلما أقيم على سبيل القرار باستعمال مواد بناء فوق الأرض أو في جوفها أو حتى فوق الماء[982]. ولكن هذا التعريف مغاير لصيغة الفصل 97م ا ع، لأنه يقصي

980 إذا توقع صاحب محل انهدام بناء مجاور له أو سقوط بعضه وكان تخوفه مبنيا على أسباب معتبرة فله أن يلزم مالك البناء أو من وجب عليه حفظه على مقتضى الفصل 97 أن يتخذ الوسائل اللازمة لمنع الضرر. ولا يوجد نص في المشروع يحمل حكمه أو مصادر مادية واضحة له.

981 G. Viney, P. Jourdain, Les conditions, n° 278, p. 88.

982 قدم القانون الفرنسي تعريفا قضائيا للبناء المعني بأحكام الفصل 1386م. م. فرنسية. تجاوز فيه المرحلة التي طبقه فيها على الآلات، ليشترط التصاق البناء بالأرض.
CA Paris, 26 nov. 1946, JCP. G. 1947, II, n° 3444 : « une construction résultant de l'assemblage de matériaux qui, d'une part, sont reliés artificiellement de façon à procurer une union durable, et d'autre part sont incorporés au sol ou à un autre immeuble par nature » ; Civ. 2ème, 9 octobre 2006, J.C.P. 2007, éd. G, I, 115, n°9, obs. Ph. Stoffel-Munck.



منطقيا العقارات الحكمية والأشجار. فصيغة الفصل 97 م ا ع تشد الانتباه لإدراجها الآلات والماكينات في نظام المسؤولية عن فعل البناء، إدراجا غريبا بعد التحول الهائل الذي عرفته المسؤولية الشيئية. ويفهم بالعودة إلى مرحلة تاريخية في القضاء الفرنسي رادف فيها بين البناء وبين الآلات الصناعية[983]. فذكر الفصل 97 - اعتمادا دائما على نظرية التبعية- الأشياء التي تدخل في حكم البناء، من ذلك "الماكينات" المعدات اللاحقة بالأبنية ـ والتي استبدلت بمصطلح معدات ـ وغيرها مما يلحق بالأصل. ولا نجد صيغة مماثلة لهذا في القانون المقارن[984] . وأورد أيضا أن الأشجار تابعة للبناء، تأثرا أيضا بموقف مرحلي للقضاء الفرنسي[985]، سبق توسع نطاق المسؤولية الشيئية، فاحتوت نهائيا نظام الأضرار التي تلحقها[986]، في حين أن تقسيم مجلة الحقوق العينية اللاحقة زمنيا عن مجلة الالتزامات والعقود تضعها في صنف العقارات الطبيعية. وفي صورة سقوط غصن فلا بد من تطبيق الفصل 96 م.إ.ع فالفصل 97 لا ينطبق، إلا في حالة سقوط الشجرة كلها. وهو متأثر بالمحيط الزمني الذي صدرت فيه المجلة، حيث كان البناء أهم عناصر الذمة وأهم عناصر الثروة. ولكن هذا الفصل لم يبق مسايرا لأحكام المسؤولية التقصيرية وبالتحديد أحكام المسؤولية عن فعل البناء، ليس بالنظر إلى مصدر الثروة، ولكن من حيث أن أحكام المسؤولية الشيئية لم تتفتح براعمها الموضوعية إلا لاحقا، فأصبحت الركيزة الجوهرية في نظام المسؤولية التقصيرية. ولا يمكن

Le bâtiment « s'entend d'une construction quelconque incorporée au sol de façon durable ».

983 note Labbé, S. 1871, 1,p. 9.

984 كشأن القانون العراقي الذي يتقارب في أحكامه مع النظام التونسي، ويدقق فقهاؤه أن "العقار بالتخصيص لا يعتبر بناء"، عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، 1980، ج. ا، ف. 91، ص. 274.

985 CA Paris, 20 août 1877, S. 1878, II, p. 48.

986 G. Viney, P. Jourdain, n° 721, p. 774 ; Ph. Brun, n° 468, p. 244.

أن ينطبق الفصل 97 م ا ع على فعل جميع توابع البناء من آلات وغيرها. ويمكن أن نفرق بين أمرين: أولا، إذا كانت الأشياء التابعة مخصصة لاستغلال البناء أو استغلال نشاط يقوم به صاحبه في ذلك البناء باستعمال تجهيزات لا تلتحم به، فستكون عقارات حكمية على معنى الفصل 9 م ح ع. وفي هذه الفرضية ينطبق الفصل 96 م.ا.ع على هذه المعدات، وتعتبر من الأشياء التي ترتب بفعلها مسؤولية الحافظ عنها. ثانيا، إذا كانت هذه الأشياء لاصقة بالعقار وملتحمة به على معنى الفصل 10 م ح ع فيكون فعلها مرتبا لأحكام الفصل 97، ويستحسن على ضوء أحكام المسؤولية إخضاع المنقولات إلى أحكام الفصل 96 إذا تسببت في الأضرار. ويمكن لنظرية الالتصاق إثارة إشكال في تعريف البناء. فبعض المواد الطبيعية مثل الرمال و الثلوج تترسب فوق سطوح المنازل. فهل إنها تخضع إلى أحكام الفصل 97 م ا ع، أم إلى أحكام الفصل 96[987] ؟ يرجّح هنا انطباق المسؤولية الشيئية لانصراف الفصل 97 خاصة للبناء وارتباط الفعل بالهدم.

## 2 ـــ انهيـــار البنـــاء

**268.** هو الانهدام، ولا يشترط أن يكون كليا، ويكفي أن يكون جزئيا. ويفيد الانهدام تفكك البناء جزئيا أو كليا مثل تفكك جدار سقف أو باب مصعد[988]. ولا بد أن يكون الانهيار بسبب القدم وبسبب عدم الصيانة. ولا يعد من هذا القبيل ما يسقط بمناسبة الإصلاح والترميم والقيام ببعض الأشغال كذلك. وقد يكون الانهيار بسبب عيب داخلي كعدم احترام مواصفات السلامة في البناء

[987] Civ. 18 déc.1958, D.1959, p.329.

[988] في حين أن القضاء الفرنسي ضيق من نطاق المسؤولية عن فعل البناء ليتسع بالمقابل نطاق المسؤولية الشيئية، فألحق بها بعض أنواع التصدع في المداخن و تحطم القنوات.
Viney et Jourdain, op. cit. n° 722, et les nombreuses références.



والتوازن في نسب المعدن وكمياتها سواء في وضع السقف أو الجدران أو الأسس. ويشترط أن يكون الانهدام غير قصدي، فلا يعد في عداده الإلقاء العمد للأنقاض، أو سقوط سقف بسبب ثقل الغير. ولا مناص في انطباق أحكام هذه المسؤولية أن يثبت المتضرر قدم البناء وتداعيه للسقوط، وهو ما يميز المسؤولية عن فعل البناء عن المسؤولية الشيئية. ولكن الحاجز بينهما لم يكن بما يكفي من الوضوح في بعض القرارات. فقد رتبت محكمة التعقيب[989] مسؤولية البلدية عن فعل البناء بسبب تسرب الماء من حنفية عمومية أدى إلى تداعي عقار مجاور للسقوط. ولا يخفى تداخل نطاقهما، واكتساح المسؤولية الشيئية حدود نظيرتها عن فعل البناء[990]، لأن البلدية لم تكن سوى حافظة للحنفية على معنى الفصل 96 م اع [991] . وقد اتجه القضاء الفرنسي نحو تضييق محسوس لنطاق المسؤولية عن فعل البناء، يتوسل تضييق مفهوم الانهدام. فلم يرتق إلى وصفه سقوط جزء من مبنى على سيارة، بعد أن كانت نظرته متسعة في هذه النقطة، ترى في نفس الوقائع انهداما[992].

وهذه شروط ضرورية تنتفي مع انتفائها أحكام الفصل97 م.إ.ع[993]. ولكن عدم قيام هذه المسؤولية لا يأتي على حظوظ المتضرر في التعويض، إذ يحق له التداعي على أساس الفصـــل 96 م.إ.ع ، وهو الذي يغزو تدريجيا

[989] تعقيبي مدني، عدد 10470 مؤرخ في 19 نوفمبر 1957، سابق الذكر.
"ولذلك فإن مناط تحديد المسؤولية يرجع لمعرفة من هو المتصرف والحافظ لمياه السبيل التي نشأت عنها المضرة طبق أحكام الفصل 97 من مجلة الالتزامات والعقود".

[990] حول هذا الانتقاد، محي الدين المبروك، ملاحظات في المجلة التونسية للقانون 70/1969، ص. 168 ( بالفرنسية).

[991] وهو التعليل الذي اعتمده القرار الإستئنافي موضوع الطعن كما جاء ذلك في الملاحظات السابقة لمحي الدين المبروك.

[992] Civ. 2e, 22 oct. 2009, D. 2010, p. 413, note B. Duloum.

[993] قرار تعقيبي مدني عدد 2471 مؤرخ في 18 ديسمبر 1980، ج. 1، ص. 205. " أمّا فيما تضمنه الفصل 97 من مجلة الالتزامات والعقود من وجوب القيام على المالك دون غيره، فإن ذلك يتعلق بضمان الضرر ودعاوي التعويض عنه حسب ما هو واضح من نصّ الفصل المذكور، والدعوى الحالية ليست من ذلك القبيل".

نطاق نظيره القائم على الانهدام، لسهولة نظام الاثبات فيه، وعسر وضع المتضرر عند تداعيه على أساس المسؤولية عن فعل البناء .

### ب ــ آثـــارالمسؤوليـــة

**269.** هذه المسؤولية تقوم لدى البعض على الخطأ المفترض[994]. فالمالك الذي أهمل صيانة البناء وأهمل ترميمه لتلافي تداعيه مخطئ في سلوكه. في حين يرى فقهاء آخرون أن هذه المسؤولية تقوم على الضمان. ويرى أخرون أنها تستند إلى التبعة لان المالك بوصفه مستفيدا من البناء، يلتزم بالتعويض عن الأضرار التي تلحق بفعل سقوطه. ولما أنزل المشرع الأشجار والماكينات منزل البناء، تأكدت النية لديه في حشر الفصل في نظام موضوعي سبق تاريخا تدرج المسؤولية الشيئية إليه. فالتفصي منه غير متوفر كما ذهب إلى ذلك بعض الفقهاء. ويقترن منطقيا بما ورد في أحكام المسؤولية الشيئية[995]. ولا تتصور القوة القاهرة إلا في وضعيات خاصة، ذلك أن نجاح المدعي في إثبات السقوط ونسبته إلى التخلي عن الصيانة أو إلى القدم يعدم المالك كل حظ في درء المسؤولية. فهي لا تتأسس عندما ينسب السقوط للزلازل و الصواعق و الحرائق. ولا تدفع المسؤولية إلا إذا عطلت المالك أو الحافظ عن الصيانة[996].

**270.** والقرينة التي يضعها الفصل 97 على المالك إذن قرينة قاطعة، رغما عن أن النص يمكن من إثبات العكس. فالواقع أن التفصي لا يتم إلا

[994] وهو موقف الأنظمة الألمانية واليابانية والصينية
F. Stone, International Encyclopedia of International law, n° 117.

[995] Ph. Brun, n°471, p. 246, « causes d'exonération introuvables» ; J.Flour, J-L Aubert et E. Savaux, n° 299, p.366.

[996] N. Dejean De La Batie, n° 121, p. 271, notes 42 et 43.



بإثبات انتقال الملكية. والمشكل يتعلق بالفرضية التي تكون فيها الملكية محل نزاع. و يكون القيام أولا ضد واضع اليد أو الحائز المادي للعقار[997].

**271.** أما إذا كان البناء موضوع أعمال هدم التزم بها أحد المقاولين، فإنه هو الذي يصبح المسؤول عن فعل البناء عند توليه ذلك الأمر[998]. فإذا تزامن عمله مع فعل البناء ترتبت مسؤولية المصمم والمهندس المعماري وكل من اشرف على هذا البناء، بسبب عدم احترامهم للمواصفات الفنية أو مواصفات السلامة، أو بسبب إهمال في الإشراف على تنفيذ الأعمال، واحترام تناسب الكميات للمعادن. وفي حالة التسويغ، فان المالك يبقى مسؤولا، لأن عقد التسويغ لا ينقل الملكية، ولا يمنع من الصيانة.فالإلتزام محمول عادة على المالك، إلا إذا ما تم الاتفاق على عكس ذلك[999].

**272.** الفصل 97 م ا ع تحدث عن مسؤولية مطلقة للمالك. ويكون قد ربط إذن صفة المالك بصفة المسؤول. والحفظ الذي تعرض إليه الفصل هو حفظ قانوني. وباختيار نظام الملكية المشتركة يتحول الحفظ إلى حفظ جماعي،

[997] القانون الياباني والقانون الأنجليزي يرتبان مسؤولية الحائز ومن يشغل العقار.
F. Stone, International Encyclopedia of International law, n° 102 et 103., cité par G. Viney et P. Jourdain.

[998] تعقيبي مدني عدد 55417 مؤرخ في 16 نوفمبر 1996، ن. ج. ا، ص. 322. "لا خلاف بين الطرفين المتنازعين أن سبب الضرر الذي لحق عقار الشاكي متأتٍ بتقصير وعدم أخذ الاحتياطات اللازمة عند هدم عقار المشتكي به، الذي تكفل بأشغاله من هدم وبناء مقاول بمقتضى عقد مقاولة. وهو بذلك مسؤول إزاء معاقده عن تعويض ما ترتب عن ضرر للغير استنادا إلى أحكام الفصل 97 مدني".

[999] تعقيبي مدني، في 18 نوفمبر 1986، ن. ج. 2، ص. 320. تعقيبي مدني عدد 16672، مؤرخ في 18 نوفبر 1986، ن، م، ت، 1986، ج. ا، ص. 320. "وحيث ان طالما أن السبب المفضي لوقوع الحادث الذي تضررت منه المعقب ضدّها كان من جرّاء المياه المتسربة من الحلقوم المذكور والخارج عن محل التسويغ الذي انهارت أرضية مطبخه من جراء تسرب تلك المياه من الحلقوم المعطب، ولم يكن الحادث ناتجا عن إهمال المتسوغ للمكرى أو تقاعسه عن القيام بإصلاحات داخل الشقة التي في تسوغه".

يشترك فيه الزوجان[1000]. فهل يحق للمتضرر أن يختار بين القيام على فعل الشيء أو على فعل البناء، عند اجتماع صفتي الحافظ و المالك عند شخص واحد ؟ التوارد بين الدعوتين قد تؤدي إلى إقرار حق الخيار للمدعي، وهي فرضية تنهي كل جدوى من المسؤولية عن فعل البناء، لتمتصها المسؤولية الشيئية، رغما عن إمكانية إعمال القاعدة الأصولية في تقديم النص الخاص على العام. المسؤولية عن فعل البناء، أصبحت الآن استثناء للمسؤولية الشيئية، وغادرت مدار المسؤولية الشخصية كما تم تبويبها فيما مضى[1001]. ولكي تبقى المسؤولية عن فعل البناء ذات فائدة دنيا، غلب القضاء الفرنسي أحكامها ليكبل دعوى المسؤولية الشيئية، حتى لا تندثر عند قبول الحل المعاكس[1002].

ولكن ماذا لو كان التوارد بسبب انفصال صفتي المالك عن الحافظ[1003]، فهل من حق حينها في الخيار وإثارة الدعوى ضد الحافظ وفق أحكام المسؤولية الشيئية؟ لم يقدم القضاء ردا حاسما. ويستشف ضمنيا من إحدى القرارات غير المنشورة لمحكمة التعقيب أن أحكام الفصل 97 م ا ع تنطبق على نقابة المالكين الحافظة للبناء[1004]. أمّا القضاء الفرنسي فقد ضيق نسبيا من

1000 شيماء التليلي، النظام الاختياري للملكية المشتركة بين الزوجين، أطروحة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس.2004-2005.

1001 J.Flour, J-L Aubert et E. Savaux, n° 242.

1002 L'article 1386 visant spécialement la ruine d'un bâtiment (...) exclut l'application de la disposition générale de l'article 1384, alinéa 1 er, relative à la responsabilité de toute chose mobilière ou immobilière que l'on a sous sa garde ; Cass. civ., 4 août 1942, D. 1943, p. 1, note Ripert; J.C.P. G. 1943, II, n° 2006, note P. L.P. ; Cass. 2ème civ., 30 nov. 1988, n° 87-18.768, J.C.P. G. 1989, II, n° 21319, note Giraudel.

1003 السنهوري، الوسيط ج. 1، ص.1071.

1004 تعقيبي عدد 3075 بتاريخ 17 ديسمبر 2004، غير منشور: "حيث أسست محكمة القرار المنتقد حكمها على أن الطاعنة أقرت بتوليها حفظ مسؤولية نقابة مالكي العمارة عند وقوع الحادث الأمر الذي يحملها مسؤولية حفظ البناء وان القيام ضدها شخصيا كان في طريقه عملا بأحكام الفصل 97 مدني ضرورة أن عدم القيام ضدها كنقيبة لا يؤثر على وجه الفصل في القضية طالما أن واجب الضمان محمول عليها في كلتا الحالتين". واستمدت المحكمة تلك



شعاع المسؤولية عن فعل البناء، لما انتهى إلى تغيير موقفه ليقبل بالقيام ضد حافظ البناء على أسس المسؤولية الشيئية والفصل 1384 ف. 1 وإلزامه بالتعويض بالتضامن مع المالك الضامن لسقوط البناء[1005].

**273.** اتضح أن الفصل 97 م ا ع بموارده المادية كان من طلائع المسؤولية الموضوعية. وبعد التطور الذي انتهت إلى أحكام المسؤولية الشيئية يثور التنازع أو التكامل فيما بينهما. فهل يلبى نداء من دعا إلى إلغاء أحكام المسؤولية عن فعل البناء، وبشر بانكسار شمسها وانحدارها نحو الغروب[1006]، لتلتحق نهائيا بالمسؤولية الشيئية، دون إفرادها بأحكام مستقلة وخاصة[1007] ؟ أم هل إن بها بقية من حياة، و حشاشة من روح، تذودان لتبقى حالة خاصة للمسؤولية[1008]؟ ولكن هذا الرأي لم يجمع حوله الكثير، ولم يقع الإنصات إليه من غالبية الفقه[1009]، الذي ألهم القضاء الفرنسي، فاصطف تحت لوائه ، عندما اعتبر أن الفصل 1386 من المجلة الفرنسية ذو دور استطرادي، وأن

الصفة من الالتزام القانوني الوارد بالفصل 97 من م ح ع الذي يسند مهمة الإصلاح والترميم والصيانة والتعهد لنقابة المالكين، أو لنقيب عقاري محترف بمقتضى التنقيح الذي ورد على الفصل 97 بالقانون عدد 78 لسنة 2005 المؤرخ في 4 أوت 2005.

1005 Cass. 2ème civ., 23 mars 2000, n° 97-19.991, J.C.P., G. 2000, II, n° 10379, note Y. Dagorne-Labbé ; Cass. 2ème civ. 8 févr. 2006, n° 04-19.371, Resp. Civ. et assur. 2006, comm. 110, obs. H. Groutel .

1006 Viney G. et Jourdain P., Les conditions de la responsabilité, précité, n° 739-1 ; Ph. Brun, n°473, p. 247 .

1007 Terré et Lequette, G.A.J.C., n° 191-192, p. 152 : Il paraît souverainement illogique de ne pas appliquer la règle de la responsabilité du fait des choses aux bâtiments qui sont précisément des biens pour lesquels le Code civil avait imposé au propriétaire une obligation spéciale de garde

1008 Depadt-Sebag V., La justification du maintien de l'article 1386 du Code civil, L.G.D.J., 2000, préf. J.Huet ; Faut –il abroger l'article 1386 du code civil ? D.2006, Tribune, p. 2113. ; E. Seifert, L'article 1386 du code civil : suppression ou réhabilitation ? Rev. ass. resp. 2009 ? Etude, 9.

1009 G. Viney et P. Jourdain, Les conditions, n°739 ; A. Bénabent, Droit civil, Les obligations, n° 628. ; B. Duloum, note précitée, p. 415.

المسؤولية الشيئية تبقى الأساس الجوهري و الأساسي في القيام. فعند سقوط حجر على سيارة، فلا حاجة في التقصي عن وجود عيب في البناء، إذ يكفي الفصل 1384 ف.1 المدعي مؤونة القيام[1010].

## الفقرة الثانية: المسؤولية عن فعل الحيوان

274. هي موضوع الفصلين 94 و95 م.ا.ع. الفصل 94 ينص "كل من كان في حفظه حيوان يضمن ما ينشأ من ضرره ولو وقع منه بعد أن انفلت أو ضل ما لم يثبت أحد الأمرين . أولا: إما أنه اتخذ الوسائل اللازمة لحراسته أو لتدارك ضرره. ثانيا: وإما أن الضرر حصل بسبب أمر طارئ أو قوة قاهرة بسبب فعل من لحقه الضرر".

تلتقي هذه المسؤولية مع سابقتها المسؤولية عن فعل البناء في أنهما سبقتا أهمية المسؤولية الشيئية، و عكستا نمط الإنتاج والطابع الفلاحي لبيئتهما. ولكنهما فقدتا الكثير من أهميتهما بسبب انقلاب الأولى إلى أحكام عامة للمسؤولية عن فعل الأشياء جميعا[1011]، عدا ما خرج عن نطاقها بنص خاص. هي مسؤولية تقوم على أساس الخطأ في حفظ الحيوان، وعلى قرينة خطأ في حفظ الحيوان أدى إلى الإضرار بالغير. والعودة إلى مشروع المجلة يظهر مجددا خروجها عن مصادر الفقه الإسلامي[1012]. فقد جاء في الحديث الشريف "العجماء جبار أو جرحها جبار"، فتقرر أصلا في الفقه الإسلامي وتبنته المجلة

[1010] Civ. 2e, 22 octobre 2009, préc. G.P., 2010, p. 6, note M. Mekki. ; D. 2010, Chr, obs. Brun.

[1011] ومن المطولات ما توخى إدماج دراسة نظامها مع المسؤولية الشيئية.

Viney et Jourdain, Les conditions, n° 629.s.

[1012] يعتبر القانون المدني العراقي مطابقا لأبعد الحدود لأحكام المجلة، إذ ضبط المسؤولية عن فعل الحيوان في الفصول 221 إلى 226، واستهلها بالمبدإ الموروث عن الفقه الإسلامي إن جناية العجماء جبار. عبد المجيد الحكيم، وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج.1، مصادر الالتزام،1980 ، ف. 84، ص. 269.



العثمانية. ويعني أن الضرر الذي تحدثه البهائم، وهو معنى العجماء هدر لا يرتب الضمان على صاحبه. ولكن هذا الأصل يتعارض مع آخر يحقق حماية الأنفس والأموال وصيانتها في الفقه الإسلامي. ونتج عن هذا التعارض قيام مسؤولية حافظ الحيوان إذا ثبت منه تقصير، وجانب الحيطة الكافية التي تمنع الضرر. ونرى أن الفقه الإسلامي من خلال المجلة العثمانية أسهب في تعداد صور الخطإ وعدم اتخاذ الحيطة من صاحب الحيوان[1013]، وتتراوح بين التقصير الذي يعني الامتناع عما يجب فعله وبن التعدي الذي يفيد إتيان فعل لا يجوز القيام به. أثار الفصل 83 من مشروع المجلة تعارضه مع المجلة العثمانية ومع الفصل 94، حيث ورد أن جناية العجماء جبار، ليخالف منهجها، محققا أن المبدأ مسؤولية الحافظ عن فعل الحيوان.

ويتمادى نظام المسؤولية عن فعل الأشياء في الشروط (أ). ولكنه يختلف عند التفصي (ب)، بحكم ما شهدته من مد موضوعي لا لبس فيه.

[1013] ورد في المادة222 ما يلي "1 - إذا اضر حيوان بمال شخص ورآه صاحبه ولم يمنعه كان ضامنا. 2 - ويضمن صاحب الثور النطوح والكلب العقور ما احدثاه من الضرر إذا تقدم إليه أحد من اهل محلته او قريته بالمحافظة على الحيوان ولم يحافظ عليه أو كان يعلم أو ينبغي أن يعلم بعيب الحيوان". وورد في المادة 223 ما يلي "1 - إذا أدخل شخص دابة في ملك غيره بدون إذنه ضمن ضرر تلك الدابة سواء كان راكبا أو سائقا أو قائدا موجودا عندها أو غير موجود. 2 - أما لو انفلتت بنفسها ودخلت في ملك الغير وأحدثت ضررا، فصاحبها لا يضمن إلا إذا ثبت أنه لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع تسرب الدابة.3 - وكذلك لو أدخل الدابة في ملك غيره بإذنه لا يضمن ضررها إلا إذا ثبت أنه لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر".أما المادة 224 فقد قضت بما يأتي: "1 - لا يضمن المار بحيوانه في الطريق العام راكبا أو قائدا أو سائقا الضرر الذي لا يمكن التحرز منه. فلو انتشر من رجل الدابة غبار أو طين لوث ثياب الغير فلا ضمان. 2 - أما الضرر الذي يمكن التحرز منه كمصادمة الدابة أو لطمه يدها أو رأسها فيضمنه إلا إذا أثبت أنه اتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوعه".وأما المادة 225 فقد نصت على ما يأتي: " 1 - لو أوقفت شخص دابة بلا ضرورة أو ربطها في الطريق العام في غير المجال المعدة لوقوف الدواب ضمن ضررها في كل الأحوال. 2 - ويضمن الضرر كذلك من سيب الدابة في الطريق العام أو تركها تتسرب إذا أثبت أنه لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع تسربها".

### أ ـــ شروط المسؤولية

تقوم هذه المسؤولية بشرطين: حفظ الإنسان(2)، وفعل الحيوان(1).

#### 1 ـــ فعل الحيوان

275. يعني ما يصدرعنه ليحدث الضرر. وتذكر هذه الصيغة بفعل الشيء الذي يكون بالاتصال والملامسة، وينشأ فعل الحيوان عند فقدان الالتحام وغياب الاحتكاك المادي مع الحيوان. ويتحقق ذلك إذا افلت حيوان وأفزع من في الطريق، فتضرر من حاول الفرار منه، كأن يتولى سائق السيارة القيام بمناورة تضر بالغير أو بنفسه، فهي فرضية فعل سببي[1014]، إذ كثيرا ما تتسبب الحيوانات في حوادث سير دون أن تكون هناك ملامسة عندما يحاول المتضرر تحاشي صولتها.

ويختلف فعل الحيوان الذي يؤدي إلى الإضرار بالغير، عن الذي يكون سببيلا إلى إلحاق الأذى بنفسه، كأن يختنق أو يسقط من عل، وذلك من حيث المفهوم والنظام. فهو ينقلب إلى نظام ذاتي يستوجب إثبات الخطأ في جانب الحافظ[1015]. والوقوف على العلاقة السببية وتدقيقها ضروري لتقوم مسؤوليته[1016].

[1014] وحيد الدين سوار، ف. 781، ص.160.

[1015] وقد ميزت محكمة التعقيب السورية نظام الوضعيتين مؤكدة أن " المسؤولية المفترضة عن حراسة الحيوان تترتب للغير عن أذاه ، ولكن لا تترتب على الحارس، إذا أوقع الحيوان الأذى بنفسه، ويجب إثبات التقصير من الحارس". قرار عدد 1279في 24 ديسمبر 1970 مذكور عن وحيد الدين سوارفقرة 765،تعليق 1، المحامون عدد 3و1971،4 ص. 117.

[1016] تعقيبي عدد 3273 بتاريخ 11 جانفي 2004، غير منشور، :"حيث أنه لا يكفي كما جاء بتقرير الاختبار أن أربعة وعشرون شجرة في طور النمو قد لحقت بها المضرة جراء الحيوانات، بل لا بد من بيان أن أسباب المضرة اللاحقة بتلك المغروسات ترجع إلى إهمال المدعى عليه لأغنامه بالأرض الكائنة بها الأشجار للجزم بالسبب الحقيقي للمضرة، ولدفع كل الاحتمالات الظنية، ضرورة أن العلاقة السببية بين المضرة المدعى بها وأغنام المطلوب شرط أساسي لتطبيق الفصل



#### 2 ـــ حفظ الحيوان

276. حافظ الحيوان مسؤول عن فعله طبقا للفصل 94 م ا ع. وهي صفة أساسية واضحة فيها إشارة إلى اختلاف نسبي مع القانون الفرنسي، حيث يربط الفصل 1385 المسؤولية بالمالك أو بمن يستغل الحيوان. ويعيد مفهوم الحفظ إلى التعريف الذي بلورته المسؤولية الشيئية بالمعنيين القانوني والمادي. فمالك الحيوان حافظ له. ولا يكون بالضرورة دائما هو الحافظ، فقد تجتمع هذه الصفة عند من تجتمع لديه السلطات المميزة للحفظ المادي. "لأن الملكية قرينة فحسب على قيام تلك الحراسة"[1017]. ومفاد ذلك، حسب القرار التعقيبي، أن ملكية الحيوان لا تنفي وجود قرينة حفظ قانونية على المالك الذي يتحمل عبء إثبات انتقال الملكية أو انتقال السلطات المتعارف عليها في الحفظ المادي إلى الغير. ولكنه وإن توخى تعريف الحفظ وفق النظريتين المتعارف عليهما، إلا أنه اهمل استئجار المالك للعامل الذي سبب الحادث عندما كان يقتاد الحيوان. والمبدأ أن التابع لا يكون حافظا للشيء أو الحيوان الذي يمارس عليه سلطة فعلية في خدمة المتبوع. وقد مر بنا أن القضاء التونسي لم يلتزم بهذه القاعدة[1018]، وأنه عالج من خلال القرار نقلها إلى من يجمع سلطاتها. وعلى كل فإن التشريع التونسي يتبنى صفة الحراسة في المسؤولية الشيئية وعن فعل الحيوان، على خلاف المسؤولية عن فعل البناء. وقد دقق القانون المصري في

94 من م. إ. ع، الذي يقتضي لضمان حافظ يكفي لقيامها حصول ضرر من ذات الحيوان الذي في حفظه وهو ما يتطلب وجود علاقة مباشرة وواضحة بين الضرر والحيوان".

[1017] تعقيبي مدني عدد1417 في 24 ديسمبر 1962، ن. 62، ص. 71.

[1018] انظر ما تم تحليله حول هذه النقطة، في حين أن القضاء الفرنسي بقي مميزا للصفتين ومؤكدا على عدم اجتماعهما
Flour , Aubert et Savaux, Le fait juridique, Sirey Université, 13e éd. 2009, n°295, p. 361, et les références dans les notes 7 et 8.

الفصل 176 هذه التفرقة إذ جاء في صيغته أن "حارس الحيوان، ولو لم يكن مالكا[1019]...".

277. ولا تحصى النزاعات عددا بنفس الكم الوافر في المسؤولية الشيئية، حتى تمكن من تأليف واضح للنظرية أكثر اعتمادا في القضاء، ولنستخلص غلبة المفهوم القانوني ــ كما كان الأمر في المسؤولية الشيئية ــ أو تراجعه لصالح المفهوم المادي. ويعيد القضاء الفرنسي نفس التذبذب في العثور على الحافظ، من خلال تقدير لا يعتصم برؤية واحدة[1020]. وقد زادتها صيغة الفصل 1385 مرونة بجمعها بين الحافظ والمستغل، لتصبح بنظر القضاء وسيلة للتساهل بنقل الحراسة من المالك إلى طائفة من الأشخاص. ولا يكون تبعا لذلك الفارس الذي يركب الجواد حافظا ماديا إلا إذا كان حرفيا مكلفا بالركض على عديد الخيول لمالكيها المتعددين، أما إذا ركبه للظفر بالسباق، وليس لخاصة نفسه فإن المسؤولية توجه ضد المالك، ونفس الحكم يسري عندما يجهزه المدرب[1021]. أما عند البيع فلا تنتقل الحراسة إلا بالتسليم[1022].

وفي خصوص الحيوانات بدون مالك أو حافظ يفرق الفصل 95 بين فرضيتين:

278. إذا كان الحيوان طليقا وأعد مالك الأرض حظيرة أو مأوى، فان مالك الأرض يصبح المالك لتلك الحيوانات التي ستبقى على أرضه، مثل الأرانب البرية التي تستقر بأرض هيأها صاحبها لجلبها. ويسري نفس الحكم على شخص يكدس الأوساخ والحجارة التي تصبح آهلة بالحشرات السامة،

1019 وهي صيغة انعكست أيضا على التشريعات المتأثرة به مثل القانون السوري في الفصل 177 من المجلة المدنية السورية، وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ف. 762، ص.151.

1020 Ph. Brun, op. cit. n° 464, p. 243.

1021 Idem.

1022 جريج، ج 1، ص. 287.



فتترتب مسؤوليته. الأساس بالنسبة للحيوان الطليق انه لا مالك له، ويفتقد فيه الحافظ. ويكتسب تلك الصفة كل من سعى في جلبه بتوفير عوامل الاستقرار والرفاهة بأرضه. وتتداخل في هذا الموطن أحكام المسؤولية عن فعل الحيوان مع الخطأ الشخصي متجسما في تهيئة الأرض وإعدادها لتكاثر الحيوانات الطليقة البرية[1023].

### ب ــ آثار المسؤولية

279. الحافظ للحيوان مسؤول عن حراسته ومراقبته. ونستنتج هذا من صيغة الفصل 94 الذي يمكن من التحلل باتخاذ الوسائل اللازمة لحراسة الحيوان أو لتدارك الضرر الحاصل بفعله. ويمكن التفصي إذن بإثبات عدم التقصير في الحراسة، كأن يتولى الحارس تكميم فم الحيوان أو تقييد أرجله أو اتخاذ كل وسيلة من شأنها أن تحول دون حصول ذلك الضرر. والقرينة هنا هي قرينة خطأ. ولانرى في القانون التونسي تطابق نظام التفصي مع المسؤولية الشيئية، لاسيما بعد إرساء الضمان صراحة في قرارات الدوائر المجتمعة لسنة 1995، وحتى قبلها، بسبب اختلاف صيغة الجمع بين فقرتي الشرطين في الفصل 96 م ا ع، وصيغة التناوب والخيار في الفصل 94 م ا ع. فتنقطع عنه موارد القضاء الفرنسي، ويختلف عنه، وهو الذي استهل بالمسؤولية عن فعل الحيوان تيارا موضوعيا نبذ قرينة الخطأ[1024]، ليسحبه بطريقة استنباطية على المسؤولية الشيئية[1025]. وبعد صيرورتها المبدأ الشمولي المهيمن في فعل الأشياء، نادى

1023 Flour, Aubert e Savaux, Le fait juridique, n° 294, p. 360.

1024 Cass. Civ. 27 octobre 1885, D.P. 1886, I, p. 207; GAJC n° 190, obs. F. Terré et Y. Lequette.

1025 Flour, Aubert et Savaux, Le fait juridique, n° 293, p. 360 ; M. Bacache-Gibeili, n°192, p. 214.

البعض بالاستغناء عن المسؤولية عن فعل الحيوان لتحولها إلى تكرار لا طائل منه [1026].

**280.** ويمكن الفصل 94 من التفصّي عند وجود القوة القاهرة أو السبب الأجنبي[1027]، دون أن يقلب النظام إلى قرينة مسؤولية. وفي سياق التركيب جاء التعرض إلى فعل المتضرر، وهو ما يعني توفر ميزات القوة القاهرة جميعها فيه، كما هو الشأن في المسؤولية عن فعل الأشياء. وتثور عند تخلف تلك الميزات مسألة تجزئتها، وما إن كان القضاء سيوحد الحل مع ما ارتآه حين رفضها في المسؤولية الشيئية، والحال أن الأساسين مختلفين بينهما. ولا مناص في هذا السياق من بسط خطأ المتضرر وتقديره تقديرا خاصا على ضوء قبول المخاطر[1028]، بسبب تعاطي المتضرر نشاطا محفوفا ببعضها، يعدمه حق اللجوء إلى أحكام المسؤولية الموضوعية، ويحجبه عن التعويض طالما لم يثبت الخطأ في جانب الحافظ[1029]. ولا يعد ركوب المخاطر خطأ من المتضرر إلا إذا اقترن بمجازفة تشارف التهور تصيرها مخاطر غير عادية.

[1026] Durry, obs. sur Civ. 2ème, 5 mai 1976, RTDciv. 1977, 131

[1027] En droit français, Cass. Civ.2e, 1 avril 1999, II, 10218, note Reboul.

[1028] Ph. Brun n°393, p .207 : « ...si l'acceptation des risques ne fait pas disparaître la faute, elle impose du moins une appréciation particulière de celle-ci. »

[1029] ومن شواهد القضاء الفرنسي اعتماده على قبول المخاطر من متضرر شارك في سباق الخيول، مانعا المتضرر من التعويض على أساس موضوعي.

Civ. 2ème. 8 nov. 1976, J.C.P. 1977, 18759, note Bénabent ;5 juin 1985, J.C.P. 1987. II. 20744, note Agostini

ليعيد نفس الموقف عند انقلاب فارس عن مطيته مدفوعا عنها بثور هائج ينشر الذعر، ويعد من المكونات الأساسية للعرض و نافيا مسؤولية مالك الحيوان.

Civ. 2ème, 15 avr. 1999, Bull. civ.II, no 76; J.C.P. 2000. II. 10317, note Antoine; ibid. I. 197, no 10, obs. Viney; R.T.D. civ. 1999. 633, obs. Jourdain; R.C.A. 1999. Chron 16, par Groutel



## II ـ المسؤولية الخاصة عن حوادث المرور

**281.** لمّا وصل القضاء إلى بلورة نظرية متوازنة للمسؤولية الشيئية، كان القانون التونسي في غنى عن البحث عن نظام لحوادث السيارات، بفضل الحماية المحمودة التي توصل إليها فقه القضاء في الحفاظ على حقوق المتضرر. وهي ميزة كان لها أن تمنع مراجعة أحكام المسؤولية المنطبقة على حوادث المرور، رغما عن آراء ذات بال قرعت أجراس مراجعتها وترشيد التعويض فيها[1030]. فبالمقارنة مع النظام الفرنسي الذي تبناه قانون 5 جويلية 1985 كنظام لفواجع السير، يتبين أن القضاء الفرنسي كان يجزّئ المسؤولية بين المتضرر والمسؤول، إلى أن دفع بالمشرع الفرنسي إلى تدبير أمر الضحايا لما رفض تجزئة المسؤولية في قرار Desmares كما مر بنا. وتم إصدار ذلك التشريع لتحسين وضعية المتضررين من ضحايا السير[1031]. ونلمس نفس الاتجاه في الأنظمة الأخرى، مثل القانون السويدي المؤرخ في 15 ديسمبر 1975، الذي أبقى على نظام تأمين للمسؤولية المدنية مع اعتبار خطأ المتضرر أحيانا، لتحديد التعويض وضبط تأمين مباشر للسائق[1032]. وجمعت القوانين

[1030] M. Zine, « Plaidoyer pour une indemnisation rationnelle des victimes des accidents de la circulation routière », Mélanges Ben Halima, Centre de Publications Universitaires, 2005, p.865.s.

[1031] Loi n°85. 667 du Juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à la l'accélération des procédures d'indemnisation.

حول الدوافع إلى هذا التنقيح وتاريخ ذلك:

Ph. Le Tourneau, et Alii, Droit de la responsabilité et des contrats. Dalloz, Action 2010-2011. n°8063, p. 1730; Flour et alii, Le fait juridique 2009, n°320, p. 387.s; Viney et Jourdain, n°967, p.1093.

[1032] A.Tunc, L'indemnisation des victimes d'accident de la circulation, La loi suédoise du 15 décembre 1975, R.I.D.Comp.1977, p.776.

قانون زيلاندا الجديدة، حمّل التأمين التعويض على الأضرار البدنية وفق نظام شبيه بنظام الضمان الإجتماعي. أمّا قانون الكيباك فقد أوكل لمؤسسة إدارة دفع التعويضات للمتضررين من الحوادث.

الأمريكية المتعلقة بحوادث السير بين نظام للتأمين وآخر للمسؤولية، يتمتع به أولئك الذين لا يقبلون بنظام التعويض القانوني، ليكمل بعض أحكامه. وقد قصدت هذه القوانين حماية ضحايا حوادث المرور. فكيف كان الأساس في القانون عدد 2005-86 المؤرخ في 15 أوت 2005؟

**282.** يتناغم قانون 15 أوت 2005 مع رؤية تنطلق من المتضرر وتولي له اهتماما أكبر من اهتمامها بالمسؤول[1033]. وهي تؤسس لتعويض الضحايا عن الأذى الذي يلحقهم بسبب حوادث السير كما يوحي بذلك القسم الثاني من التشريع، والذي يحمل عنوان الأضرار القابلة للتعويض وقواعد تقديرها. وتحقق نظاما خاصا له يتحمله المسؤول عن الحادث، وقد ألزمه القانون بتأمين إجباري وفق الفصل 110 من القانون، وعند عدم تغطية التأمين للحادث يتعهد صندوق ضمان ضحايا حوادث المرور.

**283.** وتبقى علاقتها بالقواعد العامة وبالقوانين الخاصة الأخرى موطن حسم في الفصل 121 ف 3، الذي يمنع التمسك بأي قانون آخر ضد المؤمن في خصوص المطالبة بالتعويض عن الأضرار اللاحقة بالأشخاص في حوادث المرور، وهو موقف قاطع باعتماد ظاهر النص. وينوي المشرع من خلال هذا الفصل الإصداع بأن هذا القانون ذو انطباق مطلق، ويهم النظام العام ولا يوجد أي وجه لإقصائه باتفاق الأطراف. وعلى القاضي حينئذ إثارة انطباقه تلقائيا

J. L. Baudouin, la nouvelle législation québecquoise sur les accidents de la circulation, RIDComp1979. p381. Belleau, l'assurance automobile au Québec,in dixième anniversaire de la loi Badinter, Resp.civ.ass,avril 1996,n°spécial, p.49.s.

1033 الفصل 110 من مجلة التامين ينص على وجوب تامين العربات ذات محرك لكل شخص حتى يضمن المسؤولية التي تحمل عليه بسبب الأضرار التي تحدثها.



ودون طلب من الخصوم[1034]. وهو ما استقر عليه القضاء الفرنسي انطلاقا من نفس الصيغة الواردة في قانون جويلية 1985 في الفصول 2 إلى 6 منه[1035]. وما أشبه الأساس الذي ربط القانون الفرنسي بالنظام العام، كنص ينمّي حظوظ المتضرر في التعويض، لعلاقتها الراسخة بكرامة الانسان، مع ما قام عليه حسب القضاء لدينا، " فقد سنّه المشرع أساسا لحماية أموال المجموعة الوطنية و إبعاد خطر الإفلاس عن شركات التأمين "![1036]. وأين منه الحقوق الشخصية الدستورية؟ وقيمة التضامن الدستورية التي تحمل المجموعة عبء التعويض وتدفع إلى تمويل صناديق التعويض، وشركات التأمين إن ثبت عجزها عن تغطية المخاطر؟

ويدق الأمر عند تفسير آثار صيغة الفصل 121 ف. 3 على القانون الدولي الخاص. هل يعني أن القانون التونسي ارتقى إلى مرتبة قاعدة تهم النظام العام الدولي[1037]؟ وللإجابة، لابّد من التذكير بأن مجلة القانون الدولي الخاص الصادر في نوفمبر 1998 خصصت الفصول 70 وما بعده لضبط قواعد إسناد عند حادث مرور دولي[1038]، مستقاة في نظامها من معاهدة لاهاي المؤرخة في

1034 يثار لأول مرة أمام محكمة التعقيب، وتتمسك به من تلقاء نفسها. تعقيبي جزائي عدد21490 في 29 سبتمبر 2007، ن. ج. ص.289.

1035 Civ. 2ème, 13 Janvier 1988, D.1988, p. 293, note Groutel ; Viney et Jourdain, n°973, p.1240.

1036 تعقيبي جزائي عدد21490 في 29 سبتمبر 2007، ن.ج. ص.289.

1037 حول مفهوم النظام العام. منية بن جميع.

Le jeu de l'ordre public dans les relations internationales privées de la famille, Th.Faculté de Droit et de sciences sociales Tunis II, 1997.

ومجال التفرقة مناسب مع قوانين الأمن والبوليس، حول التفرقة.

Loussouarn, Bourel et DeVareilles- Sommières, D.I.P. 8ème éd. Dalloz 2004, n°129, p.143.

N. Ben Aïcha, Ordre public d'éviction et lois de police du for : quel type de rapports ? Etudes Juridiques, n°6, 1998-99, p.113.

1038 لتحليل هذه النصوص،

4 ماي 1971. وهي مرنة من حيث إقرارها للمتضرر بحق اختيار القانون المنطبق على الحادث بين قوانين موطن الفعل الضار وقانون موطن الضرر. ولا ينفي قانون أوت 2005 حق الاختيار، ولا يحقق نسخا للفصل 70 من مجلة القانون الدولي الخاص. فلا وجود لأية نية تشريعية في ذلك، كما يستروح ذلك من الأعمال التحضيرية، ولذلك فإن انطباق القانون التونسي وفق قاعدة النزاع على حادث مرور معين، لا ينفي حق المتضرر في اختيار قانون البلد الحاصل فيه الضرر.

**284.** ولم يخف القانون الفرنسي المقابل نفس النقاش. ففي إحدى النزاعات عينت معاهدة لاهاي المؤرخة في 4 ماي 1971 المتعلقة بالقانون المنطبق في حوادث المرور القانون الإسباني، وطالب المتضرر بتطبيق القانون الفرنسي مكانه، لتعارض القانون الإسباني مع النظام العام بالمعنى الدولي. ولكن محكمة التعقيب الفرنسية نقضت القرار الذي استجاب لتلك الحجة وطبق القانون الفرنسي، لفقدان أي سبب قانوني لذلك[1039]. ورفضت كذلك ارتباط قانون جويلية 1985 بالنظام العام الدولي على معنى الفصل 10 من معاهدة لاهاي لسنة 1971[1040].

**285.** ويثير انطباق القانون التونسي في نزاع دولي مسألة مخالفته مع النظام العام. فهو يتعارض بوضوح مع مبدأ التعويض الكامل principe de

---

A. Mezghani, Commentaire du Code de droit international privé, C.P.U., 1999, p.154.

1039 Civ 1ère, 6 juin 1990, Resp. civ et ass.1990, n°327. Crim 26 avril 1990, RGAT, 1990, p.803.

1040 Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles- Sommières, Droit international privé, Dalloz, 8éme éd.2004, n°403, note 3, p.541 s. ; Civ, 30 Septembre 2003, J.C.P. 2003, p.2007.



réparation intégrale[1041]، فإذا ما عينته قاعدة النزاع لقاض أجنبي متعهد بالنزاع، فهل يتم إقصاؤه لمخالفته النظام العام الدولي؟ الاستئناس بالقانون المقارن ينير لنا بعض المواقف. القانون الفرنسي لم يرد تعارضا مع القانون الدولي الخاص إذا كان القانون الأجنبي المنطبق لا يجسّم مبدأ التعويض الكامل، منذ سنة 1967[1042]، في حين أن المحكمة الفيدرالية الألمانية أكدت حصول التعارض كلما كان القانون الأجنبي متجافيا مع مبدأ التعويض الكلي[1043].

**286.** ويبسط كذلك هذا القانون قضية دستوريته وتطابقه مع نصوص الدستور[1044]. وللقانون الفرنسي طرح واضح للإشكال في ارتباطه مع المسؤولية المدنية[1045]، ويتفرع إلى مسألتين: المسألة الأولى متصلة بالحق في التعويض وقيمة ذلك الحق الدستوري. وقد بت المجلس الدستوري الفرنسي في الأمر مؤكدا القيمة الدستورية لذلك الحق[1046]، وأردف بقرار آخر اعتمد نفس الموقف[1047].

---

1041 Christelle Coutant - Lapalus, Le principe de la réparation intégrale en droit privé, préface Frédéric Pollaud-Dulian, PUAM 2002. ; P. Jourdain, Les dommages- intérêts alloués par le juge, Rapport français, in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Etudes de droit comparé, sous la direction de M. Fontaine et G. Viney, Bruylant, LGDJ,2001, n°5 p.266.

1042 Civ. 1ère 30 Mai 1967, D 1967, J. p. 630 note Malaurie ; Civ 15 Mai 1994, J.D.I., 1995, p. 125, note Légier.
وهو قرار رفض أصلا الطعن ضد قرار اعتمد قانونا أجنبيا لا يعزز جانب المتضرر من خلال قصر مدة التقادم وتحمل عبء الإثبات وتقدير التعويض.

1043 Bundesgeritschof 4 juin 1992, RTD.civ. 1994, p. 457, obs. C.Witz.

1044 تولى المجلس الدستوري نشر قراره بالرائد الرسمي، ومفاده أن قانون أوت 2005 لا يتعارض مع الدستور.

1045 M. Molfessis, Le conseil constitutionnel et le droit privé, Préface M.Gobert, Paris, L.G.D.J. 1997, n°370, p. 293.

1046 Cons. Const. n°82, 144 D C, 22 octobre 1982, Rec. Cons. const, p. 61, D. 1983, J, p 189, note F. Luchaire, R.D.P. 1983, p. 360, note L. Favoren, G.P. 1983, 4, p. 61, note F. Chabas.

**287.** أمّا المسألة الثانية فتقوم على تحديد مدى التعويض étendue de la réparation ، ويعني هذا أن المجلس الدستوري الفرنسي تعرض إلى مبدأ التعويض الكلي وارتباطه بقواعد الدستور، وأنكر كل قيمة دستورية له[1048] و للتعويض الكلي[1049] . وانتهى الأمر إلى اعتبار التعويض حقا دستوريا، دون أن **يصم** مدى التعويض بنفس الميزة[1050].

**288.** والحديث عن علاقة القانون الجديد بأحكام المسؤولية **كما** وردت في مجلة الالتزامات والعقود يحوم حول معرفة ما إن كانت علاقة تكامل وامتداد، أم علاقة انفصالية، تبرزه وكأنه حلقة جديدة لا تمت إلى أحكام المسؤولية بأية وشيجة. استقراء نصوص القانون فيه مدعاة إلى التأمل والنظر. فالفصل 122 يربط التعويض بالخطأ، في حين أن الفصل 124 ينسف ذلك الترابط من قواعده. فلا حجة للمسؤول حتى في التذرع بأحكام القوة القاهرة.

---

ورد هذا القرار بمناسبة انطباق الفصل 521 I من مجلة الشغل الفرنسية الذي يمنع التعويض عن الأضرار اللاحقة بسبب ممارسة حق الإضراب أو الحق النقابي، فأكد المجلس تساوي المواطنين في حق التعويض، واستخلص الفقه من ذلك أن التعويض حق دستوري (التعاليق السابقة عن القرار المذكور).

"Il existe bien pour la victime un droit constitutionnel à obtenir une compensation du préjudice qu'elle a subi". T. Renoux, l'indemnisation des victimes d'attentats, Paris, Economica, 1987, p31. V. Christelle Coutant-Lapalus. Le principe de la réparation intégrale en droit privé. PUAM, Préface F. Pollaud-Dulian, n°114, p. 116. s.

1047 Cons. Const. n° 99-419 ,19 juillet 1999, R.T.D.Civ. 2000, p. 109, n°4, obs. J. Mestre et B. Fages.

والقرار يتعلق بالمسؤولية التعاقدية واعتمد على الفصل 4 من إعلان حقوق المواطن والإنسان لسنة 1789.

1048 Cons. Const.n°98 -403- DC 29 Juillet 1998. P A 1999, n°151, p.33, obs. B. Mathieu et M. Verpeau.

1049 Ch. Coutant- Lapalus, Th. préc.n°117, p.118.

1050 M.Molfessis, th préc, n°373, p.297. "La protection du principe d'égalité par le conseil constitutionnel pourrait imposer la réparation de tous les chefs de préjudice subis, sans que l'on puisse savoir si cette réparation droit être intégrale."



وما أشبه ما يلح به هذا القانون من تساؤل حول ما خاضه الفقه الفرنسي من مطارحات موضوعها استقلال قانون جويلية 1985 عن المسؤولية المدنية، أو اندماجه مع أحكامها[1051]. ويبدو الرأي القائل بامتداد قواعد المسؤولية التقصيرية معزولا[1052] ، مقارنة مع غالبية الفقهاء الذين اقتنعوا باستقلالية هذا التشريع[1053]. ويعني ذلك، أنه خلافا للرأي الأول الذي يرى أنه أحكامه الخاصة لا تنطبق إلا عند تعارضها مع الأحكام العامة للمسؤولية المدنية، فإن **التشريع** أو بالأحرى حق التعويض[1054]، ينشأ من الأحكام الجديدة، دون أن **يتصل ذلك** الحق بالقواعد العامة للمسؤولية[1055].

ويتأسس الفعل الضار على اعتبار السيارة "طرفا" في الحادث. وفي ذلك استبدال للخطأ ولفعل الشيء كأفعال منشئة للمسؤولية[1056]. فالأضرار تؤدي إلى قيام حق في التعويض، دون اهتمام خاص بالفعل التقليدي[1057] ، وهي الحجج المقدمة من أنصار استقلالية القانون الجديد عن نظام المسؤولية المدنية. ولا ينفي اجتماع غالبية الفقهاء حول هذا الرأي، انتصار غيرهم إلى اعتبار القانون قانونا خاصا، ينطبق قبل أحكام المسؤولية المدنية[1058] .

---

1051 حول النقاش

1052 Flour, Aubert et Savaux, le fait juridique, n°321, p. 388s. F.Chabas, Le droit des accidents de la circulation après la réforme du 5 juillet 1985, 2ème éd, 1988, n°147.s.

1053 Hubert Groutel, Le fondement de la réparation instituée par la loi du 5 Juillet 1985, I.C.P. 1986, Chr, 3244 ; G. Durry, note J.C.P., 1987, II, 20769

1054 Hubert Groutel, op. cit., n°4.

1055 وهو الموقف الذي تبناه القضاء الفرنسي Viney et Jourdain, Les conditions, n° 975, et les références citées.

1056 G.Wiederkehr, De la loi du 5 Juillet 1985 et de son caractère autonome, Chr. D.1986, p255s. H.Groutel, art préci, n°26s.

1057 G. Viney, le droit à indemnisation des victimes, dix ans après, in dixième anniversaire de la loi Badinter, resp.ass.préc.p. 5s.

1058 Le Tourneau et alii, n° 8064, p.1731.

والوقوف على أحكام هذا القانون يقتضي توفر شروط انطباقه (فقرة أولى)، ثم انطباق أحكام التعويض بعد ذلك (فقرة ثانية).

### الفقرة الأولى: شروط انطباق القانون

لا بد من توفر حادث مرور (أ)، تكون فيه سيارة ذات محرك في وضع سير(ب)، طرفا متدخلا(ج).

#### أ ــ حادث المرور

**290**. اقتضى الفصل 121 من القانون أنه" يتم التعويض عن الأضرار الناتجة عن حوادث المروربطبقا لقواعد والمقاييس المنصوص عليها بهذا العنوان". والعودة منطقية لتعريف حادث المرور إلى مجلة الطرقات. فالقانون يفسر بعضه البعض، وتتناسق مبدئيا مصطلحاته ولو اختلفت مواطنها. وينص الفصل الثالث من تلك المجلة على ما يلي: "حادث المرور هو كل حدث فجئي يحصل على الطريق واشتركت فيه عربة على الأقل وترتبت عنه أضرار بدنية أو مادية"[1059].

**291**. وانطلاقا من ذلك فإن الحادث بوصفه واقعة فجائية، يتجافى مع الفعل الإرادي أو القصدي[1060]. ولا غرابة في ذلك، فالأمر بديهي بالنظر إلى أحكام مجلة التأمين وهي التي تسقط التغطية عند وجود أي خطأ قصدي، وفقا للفصل 4 ف. 2 من مجلة التأمين.

[1059] لا نجد تعريفا تشريعيا في بعض الأنظمة الأخرى مثل، القانون الفرنسي، وفي التطبيق يوكل الأمر إلى بوليصة التامين وإلى فقه القضاء.
L'accident est "une action soudaine et violente d'une cause indépendante de la volonté". CA. Bordeaux, 2 juillet 1992, J.C.P 1993, IV. 189.

[1060] Le Tourneau et alii, n°8069.



فهل يترادف الفعل الإرادي volontaire مع القصدي intentionnel؟

نظريا، يعني الفعل القصدي كل سلوك يرمي إلى تحقيق الضرر، في حين أن الفعل الإرادي ينأى عن أي عزم عليه. ومن أمثلة ذلك أن يقوم السائق بمناورة ليخيف المتضرر أو ليجبره على التنحي عن طريقه، فإن أصابه بأذى، كان فعله إراديا محضا[1061]، ولا يكون قصديا إلا إذا ما صدمه باحثا من وراء ذلك إلى أن يلحق به مكروها.

**292**. ويشهد القضاء الفرنسي جدالا بين الدائرة الأولى والدائرة الثانية لمحكمة التعقيب. ففي حين تعتنق الدائرة الثانية[1062]، ــ شأنها في ذلك شأن الدائرة الجزائية[1063] ــ موقفا متسعا ينفي وجود حادث مرور وبالتالي يقصي قانون جويلية 1985 الفرنسي، تتبنى الدائرة الأولى موقفا ضيقا، لا يستبعد أحكام ذلك القانون إلا عند توفر الفعل القصدي[1064]. واختار الفقه الفرنسي الموقف الثاني وأيده تأييدا كاملا، وذلك لأن استبقاء أحكام قانون حوادث المرور عند وجود الفعل الإرادي يعود بالفائدة على المتضرر، لما يحتويه القانون الفرنسي من مزايا عديدة[1065].

[1061] من أمثلة ذلك في القضاء الفرنسي
Crim. 6 février 1992, Resp. civ et assur.1992, com.n°207 et comm. n°18, note H.Groutel

[1062] Civ 2ème, 15 mars 2001, D.2001, I.R. 1145, Resp. civ et assur.1995 n°186 et 187 note Groutel, R.T.D.Civ. 2001, obs. Jourdain.

[1063] Crim. 6 février 1992, préc.

[1064] Civ .1 ère 14 octobre 1997, resp.civ et assur.1998, n°37; Dr. et Patrim. 1998, n°56.

[1065] G.Viney et P. Jourdain, n°980; Ph. Le Tourneau et alii, n°8070, p. 1733.

والرأي أن التضييق في نطاق انطباق قانون 15 أوت 2005، أكثر نفعا للمتضرر، وذلك بالنظر إلى نظام التعويض الذي ارتآه، ولا أراه إلا يزيد في تعاسته بسبب نقائصه الفادحة.

**293.** وتبعا لذلك، فلا وجاهة في الاكتفاء بصدور الفعل الإرادي عنه فقط[1066]. والأجدر اقصاء قانون أوت 2005 عندما يكون الفعل إراديا من الغير أيضا، كأن يقذف أجنبي حجرا على عربة ذات محرك فتصدم متضررين، لتتم العودة إلى أحكام المسؤولية الشيئية نظرا لأن الضرر تحقق عند استعمال العربة. هذا طبعا بالإضافة إلى الحالة التي يكون فيها الغير حافظا أو سائقا لسيارة تعد طرفا في الحادث[1067]، فيستساغ فيها عدم انطباق القانون، والركون إلى المسؤولية الشيئية. ونجد هذا النفس في حكم ابتدائي، ركن إلى نظام عقد النقل، واستبعد قانون حوادث السير، بسبب إصابة راكب بحجرأثناء ركوبه[1068].

---

[1066] لا يتوقف قيام الحادث على سلوك المتضرر حتى وان كان من الفصيلة الإرادية أو القصدية. فهو يؤثر على التعويض (وفقا للفصل 122)، ولا يمنع اعتبار قيام الحادث، وذلك لأن خطر التامين يتعلق بالمؤمن(بالفتح) اي السائق.
Ph.Le Tourneau et Alii, idem.

[1067] Idem.

[1068] حكم ابتدائي عدد 4893 التام في29 جانفي 2008 : حيث ينص الفصل الثاني من مجلة الطرقات على أنه يعتبر حادث مرور الحادث الذي يحصل بالطريق وتشارك فيه عربة برية ذات محرك ويكون دورها إيجابيا في حصوله. وحيث وبالرجوع إلى محضر البحث الجزائي فإن الضرر الحاصل للمتضررة كان بسبب رمي الحجارة من مجهول وليس للحافلة التي كانت نقلها أي دور في حصول الضرر المزعوم. وحيث أضحت الدعوى بذلك فاقدة لأساسها القانوني مما يتجه معه الحكم برفضها. كما اعتمد حكم آخر على نظام عقد النقل مزيحا قانون أوت 2005، ليزيح اختصاصه المطلق، ويؤسس التعويض على التزام الناقل بتحقيق نتيجة. حكم ابتدائي عدد 1057 التامة في 14 أفريل 2009 حيث اقتضى الفصل 653 من م ت انه "يجب على ناقل الأشخاص أن يوصل المسافر إلى وجهته المقصودة سالما وفي حدود الوقت المعين بالعقد. وحيث خلافا لما تمسك به نائب المطلوبة فإن الواجب المحمول على ناقل الأشخاص يكيف على أساس التزام بتحقيق نتيجة ويظل متحملا لواجب ايصال معاقديه إلى وجهتهم سالمين وفي حدود الوقت المتفق عليه ،وتظل مسؤوليته قائمة بقطع النظر عما إذا كانت الأضرار اللاحقة بالأشخاص المنقولين ناتجة عن حادث مرور من عدم ذلك". فهل يعمّر هذا التيار؟



### 1 – يجب ألا يكون حادث السير ذا صبغة شغلية " Accident de trajet "

**294.** حادث السير ذو الصبغة الشغلية يخضع لأحكام قانون فيفري 1994. وقد ذكر الفصل 3 في الفقرة 2 أنه "يعتبر حادث شغل أيضا الحادث الحاصل للعامل أثناء تنقله بين محل شغله ومحل إقامته بشرط أن لا ينقطع سيره أو يتغير اتجاهه لسبب أملته مصلحته الشخصية أو لسبب لا صلة له بنشاطه المهني".[1069]

اعتبر المشرع أن فترة التنقل تدخل في توقيت العمل، وكل حادث سير يحصل أثناء تلك الفترة يخضع لنظام فواجع الشغل. وهو وصف قانوني يخضع للنظام العام[1070]. كل حادث سير يخرج عن نطاق الشغل يكون خاضعا لقانون 15 أوت 2005، والعكس بالعكس.

الأمر يكون بديهيا إذا كان عقد الشغل معلقا بسبب إضراب أو مرض، وكذلك الشأن عندما يقع الحادث بعد رجوع العامل وانصرافه إلى شؤونه الخاصة. ويؤدي إلى طرح سؤال حول طبيعة الحادث إذا ما ابتعد زمنيا أو مكانيا عن الشغل.

بالنسبة للمكان يجب، حتى يكون حادث السير ذا طبيعة شغلية، واقعا في الطريق الذي يسلكه العامل بين العمل والمنزل[1071]. فإذا ما غير الطريق

---

[1069] النوري مزيد، مسؤولية المؤجر من خلال قانون فواجع الشغل، المجلة التونسية للقانون الاجتماعي، عدد 7، 1995،ص.34، خاصة ص.37. عصام الأحمر، إشكالية التنسيق بين نظام التعويض عن حوادث المرور ونظام التعويض عن حوادث الشغل، م.ق.ت. 2010، عدد أفريل، ص.168.

[1070] تعقيبي مدني عدد 54501 في 25 سبتمبر 1996، ن، ص. 120.

[1071] تعقيبي مدني عدد 54190 في 5 سبتمبر 1996، ن، ص. 126.

لقضاء بعض مآربه الخاصة، كأن توقف في مقهى أو ذهب إلى طبيب أو لزيارة شخص، فانحرف عن الطريق المعتاد، فإن حادث السير الواقع بهذه الصورة لا يخضع إلى نظام حادث الشغل، بل هو حادث سير عادي للبعد الذي يفصل موطن العمل والطريق المؤدي إليه، إلا إذا كانت طبيعة العمل تشمل الأمكنة الخارجة عن المؤسسة، كالتنقل المهني أو الخروج في إطار مهمة[1072].

ومن الناحية الزمانية، فإن تقدير الفارق الزمني موكول إلى القاضي. والارجح حسب بعض المواقف، أن لا تتجاوز الفاصل الزمني ساعة منذ مغادرة العمل إلى حين وقوع الحادث[1073]. ثم إن الحوادث التي تحصل أثناء فترة الإستراحة تعتبر كذلك حوادث شغل، كأن يتناول الأجير وجبة غذائية في مكان مخصص لذلك. وتندرج الأعمال الحيوية العادية، حسب محكمة التعقيب، ضمن وقت الأكل أو الشرب أو المبيت.

وضيق القضاء من مفهوم حادث السير، فحصر انطباق القانون عدد 28 لسنة 1994 المؤرخ في 21 فيفري 1994 في الفرضية الوحيدة التي يكون فيها " المؤجر أو أحد مأموريه هو المسؤول الوحيد عن الحادث منشا الضرر، أما إذا كان الغير هو المسؤول عن الضرر الذي لحق المتضرر فإن لهذا الأخير الحق في القيام بطلب التعويض على محدث المضرة أو من يحل محله وفق القانون العام ولو كان الحادث قد جدّ والمتضرر في طريقه لمباشرة عمله أو في طريق العود منه إلى مقر سكناه" [1074]. وينحسر بهذا نطاق حادث السير في

[1072] تعقيبي مدني عدد 40119 في 18 مارس 1996، ن، ص. 123.
[1073] تعقيبي مدني مؤرخ في 30 جانفي 1994، ن. ج.1، ص. 212.
[1074] تعقيبي جزائي عدد 6672، في 3 جانفي 2007، ن.ج. ص. 303.



مساحة ضيقة جدا. ويدلّ القرار الذي صدر قبل قانون حوادث السير على سياسة قضائية تمتع المتضرر بأفضل نظام تعويض.

هذه الحوادث تخرج عن إطار قانون أوت 2005 ، كما أن الحوادث التي تكون فيها العربات السائرة على السكك الحديدية طرفا تخرج عن إطار حوادث السير وعن إطار قانون 15 أوت 2005.

### 2 ـ الحوادث التي تكون فيها العربات السائرة على السكك الحديدية طرفا

**295.** هذا الإستثناء جاء صريحا في القانون ويستمد من الفصل 123 فقرة 2 من قانون 15 أوت 2005، يبدو هذا الفصل أكثر توسعا من القانون الفرنسي الذي لا ينطبق على الحوادث التي تكون فيها عربات سائرة في مسلك خاص للسكك الحديدية طرفا، وهذا يعني أن المشرع التونسي لم يشترط تقييدا مماثلا، بل اكتفى بصفة عامة تكون من خلالها العربة السائرة على السكك الحديدية طرفا.

ولا تنتهي المصاعب لتحديد حادث المرور عند هذا الحد. إذ يجب كذلك أن يحصل الضرر بفعل السير.

### ب ـ فعل السير Fait de la circulation

**296.** ينص قانون 15 أوت 2005 على تأمين العربة ذات محرك عند استعمالها، ولم يتعرض للسير كمفهوم خاص. ومن البديهي اعتبار السير

حاصلا عندما تكون العربة في حالة حركة. ولكن فقه القضاء رفض وجود حادث السير عندما تكون العربة متوقفة[1075].

وعلى عكس ذلك لم ينف القضاء الفرنسي انطباق قانون جويلية 1985 عندما تكون العربة متوقفة، لأن التوقف امتداد لحركة السير[1076]. وهو سير سلبي حسب بعض الفقهاء[1077] يرتبط عضويا معه، ولذلك تم اعتبار حادث السير واقعا عندما انفجرت سيارة رابضة وألحقت ضررا بأحد المارين أو بالمربض[1078].

**297.** والرأي أن التوقف ينفي انطباق قانون أوت 2005 إذا كان موضع السيارة شاذا أو غير مألوف، إذ أن أحكام المسؤولية الشيئية أولى بالإنطباق في هذا الموطن. أمّا إذا كان التوقف عاديا، فالأجدر عند هذه الفرضية الأخذ بأحكام القانون الخاص، وذلك لتمكين المتضرر من فرصة للتعويض قد لا تمنحها له أحكام الفصل 96 من م إ ع.

**298.** ولكن الأمر يزداد تعقيدا من جهة عندما لا يتعلق الحادث بعربة ذات محرك مخصصة أساسا للسير، مثل السيارة والمجرورة، وعندما يكون

1075 اتسم فقه القضاء الصادر في مسؤولية المتبوع عن فعل التابع برفضه وصف الحادث عندما تتوقف العربة لتقوم بالتفريغ. تعقيبي مدني في 12 جوان 1968، م. ت. ق. 1969-1970، ص. 245 مع التعليق. وكذلك عندما تكون رابضة بمستودع، تعقيب جزائي، 7 جوان 1971 ، م. ق. ت. 1971، ص. 547 . بخلاف القضاء الفرنسي المستقر على الموقف العكسي.
F. Leduc, Les contours de la notion d'accident de la circulation (À propos des accidents de chargement et de déchargement), Resp. civ. et assur. 1997, Chr., n° 15.

1076 « Le stationnement sur la voie publique est un fait de la circulation au sens de l'art. 1er de la loi du 5 juillet 1985 ». Civ. 2ème, 2 novembre 1995, D.1995, IR, 6.

1077 Circulation passive, le Tourneau n°8072, p. 1735 ; pour d'autres applications en droit français : civ 2éme 25 Janvier 2001, Bul. Civ. II, n°14.

1078 Civ. 2éme 22 novembre 1995, D. 1996, 163, note Jourdain.



الحادث خارجا عن وظيفة السيرمن جهة أخرى. فانطباق قانون أوت 2005 يبقى محل نظر. وقد قدم القانون الفرنسي أمثلة تضرب في هذا المقام. فإذا كانت الرافعة ذات وظيفة مخصصة أساسا للرفع، وداست شخصا أثناء مناورة الرفع فلا وجود لحادث مرورعندما يثبت عدم حراكها[1079]. كما أن انقلاب مجرورة تابعة لعربة ذات محرك، سبّب وفاة شخص غمرته حمولتها وهي متوقفة، يعتبر حادث مرور خاضع لقانون جويلية 1985 [1080]. ومن وراء الفوارق التي تفصل القرارات، وتحولها إلى شتات متناثر يستعصي على التأصيل، تثور مسألة تحديد ضابط وجود حادث سير من عدمه. وقد تم اختيار المعيار الوظيفي لهذه الغاية. فإذا كان استعمال العربة منضويا في وظيفة السير والتنقل، كان الحادث حادث سير. أما إذا أمكن الفصل بينهما، لتصبح العربة وسيلة لأداء عمل معين يعزل عن التنقل، أفل تبعا لذلك نطاق قانون حوادث السير. وعن ذلك يضرب مثل عملية التفريغ لعربة متوقفة إذا كانت وراء الأذى، واتضح أن آلية التفريغ (ذات الإستعمال المستقل)، قد سبب قلب الحمولة[1081]. ويتحقق ذلك الانفصال عندما يتحقق الضرر بتجهيز يعود بالمصلحة على العربة. ومن ذلك أن تكون العربة مرفقة بشباك مجرورلبيع الحلويات أوالبيتزا[1082]. وهذا يعني أن المعيار الوظيفي لا يؤدي إلى قيام نظام التعويض الخاص بحوادث السير، عندما يكون الحادث بفعل عنصر من عناصر تجهيز العربة أو جزء من أجزائها يستخدم للعمل، فتنفرط العلاقة بين الحادث ووسيلة السير، ليصبح الضرر مرتبطا بوسيلة مستخدمة في العمل[1083]. ولكن

1079 Civ 2ème, 9 Juin 1993, Bul. Civ. II, n°198. 29 septembre 1994, Bul. Civ. II n°132.

أمّا إذا كان في حالة حراك فإن قانون حوادث السير ينطبق.

1080 Civ 2éme. 8 mars 2001, 2 arrêts, R.T.D. Civ. 2001, p. 607, obs. Jourdain.

1081 Civ 2éme. 8 mars 2001, précit.

1082 Civ 2éme. Ibid.

1083 Jourdain, obs.préc. p.609.

القضاء الفرنسي لم يهمل الظروف الخاصة لكل حادث. فكانت مواقفه متباينة ومتسمة باختلاف واضح، مما أدى بالفقه إلى النداء باعتماد المعيار بأكثر صرامة حتى لا تتنوع الحلول بتنوع الوقائع[1084].

**299.** ولا يتعلق الأمر بالحوادث الحاصلة بمناسبة الشحن والتفريغ فقط، فالمسألة مطروحة أيضا عندما تكون العربة مخصصة لوظيفة محددة وتتسبب في حادث مرور[1085]، كأن تصب عربة مخصصة في ضخ الخرسانة على عدة سطوح تتنقل بينها، فتسبب حادثا. وقد تطغى وظيفة السير على الدور الوظيفي للعربة. فقد تلقي آلة للتخليط أو للكسر في طريقها حجرا على أحد المارة. وينطبق حسب القضاء الفرنسي قانون جويلية 1985 على الحادث[1086].

والرأي أن الدور الوظيفي للعربة يستغرق في هذه الوضعية الوصف الكامل للحادث، فيصبح الضرر بسبب استعمال العربة خاضعا للمسؤولية المدنية، وبالتحديد الشيئية منها ولأحكام الفصل 96 من م إ ع. وخلافا للقضاء الفرنسي، فإن السير يصبح معيارا ثانويا لا يرجح النظام القانوني للحادث، إذا كانت العربة ذات تخصيص وظيفي يحصل الحادث بمناسبته[1087].

**300.** كما أن وصف الحادث محل نقاش عندما تتسبب فيه آلة ترتبط عضويا بالعربة مثل المجرورة، أو بعض محاور الرفع وغيرها من الآليات الميكانيكية. فقد تسقط العربة المهيأة لحمل البضائع أو المواد Benne بسبب

[1084] Idem.
وذلك باعتبار أن تلك الحوادث مرتبطة ضرورة بالتنقل، أو أنها على العكس تتجافى مع شرط حركة العربة.

[1085] Un engin qui n'a pas cette fonction unique peut-il réaliser un acte de circulation ? Ph. Le Tourneau. et alii, op.cit. n°8072, p.1735.

[1086] Civ 2ème. 31 mars 1993, Bull. civ, II, n°131.

[1087] المراجع العديدة المذكورة عند Le Tourneau, n° 8072



خلل في تركيبتها أو تنقلب لعدم كبح حركتها من جراء ذلك الخلل. والرأي أن الحادث لا يخضع لنظام قانون أوت 2005، بل يرتبط بأحكام المسؤولية الشيئية. ولمعيار السير أن يستبعد، إذا كان المعيار العضوي والوظيفي يرجحان تلك المسؤولية الشيئية، فإذا سقطت بضاعة مرصوفة على عربة أثناء سيرها بسبب انكسار الروابط أو انفتاحها أو بسبب خلل في ترصيفها، فالأجدر ربط الأضرار بفعل الشيء أو بالخطأ الشخصي[1088].

وتشمل العربة المجرورة وفقا لأحكام القانون، فقد اقتضى الفصل 110 أن التأمين يشمل العربة ومجروراتها المخصصة للجولان، وأن المجرورة تأخذ معنى العربة تطبقا للفقرة الثانية من ذلك الفصل، وتؤمن لوحدها سواء كانت مرتبطة أم لم تكن مرتبطة.

**301.** ويبسط هذا الفصل مجددا مسألة تحديد حادث المرور. ولا غموض في وصف ذلك الحادث إن كانت المجرورة مرتبطة بالعربة عند سيرها[1089]. ولكن الأمر يستعصي على ذلك الوصف إذا كانت غير مرتبطة. ويزداد البون كلما كانت المجرورة مستلحقة بالعربة كتابع وظيفي[1090]، لينضوي التعويض تحت مظلة أحكام الفصل 96 من م إ ع دون سواه[1091].

**302.** ويرتبط فعل السير بمفهوم الطريق. مجلة الطرقات أعطت تعريفا واسعا، وأورد قانون أوت 2005 تدقيقا لذلك المصطلح[1092]. ولكن هذا التوسع لا يقفل مجال النقاش قطعا. فهل يتم توخي تفسير ضيق للأماكن

[1088] مقارنة القضاء الفرنسي المراجع العديدة المذكورة عند Le Tourneau, n°8091,p. 1741.

[1089] المصدر السابق.

[1090] نفس المصدر.

[1091] Civ 2ème. 7 juin 1989, D.1990.J, 117, note G.Légier pour une bétonnière.

[1092] ينص الملحق القانون على أن المعبد هو جزء الطريق الذي يستعمل عادة لجولان العربات والسبيل هو كل جانب من الجوانب الممتدة للمعبد...

الخاصة[1093]؟ القضاء الفرنسي – من باب الاستئناس – لم يذهب لهذا الرأي، وتوسع في مدلول **الطريق ليشمل** المآوي والمرابض والحقول والساحات **الخاصة وطرق التزلج الثلجية**[1094]. ولكن التصادم بين منافسين في مسابقة **رياضة بين السيارات يخرج** عن نطاق ذلك القانون[1095]. **على خلاف** الأضرار **اللاحقة بالمتفرجين**[1096]، **التي تخضع** لنظام التعويض عن **حوادث** السيارات كما **ضبطه** قانون جويلية **1985**، دون أن يجمع القضاء ذلك، **إذ** ساوى اتجاه بين المتنافسين والمتفرجين[1097].

## ج – التدخل أو التورط: L'implication

**303.** قانون أوت 2005، على غرار القوانين المقارنة الأولى، جاء ليضفي مرونة على ركن السببية. وقد تطرق هذا القانون في الفصل 123 إلى مفهوم جديد، مفهوم التدخل، أو التورط[1098]، أي أن تكون سيارة طرفا في حادث يجمعها بعربة تسير على السكة الحديدية. الفصل 123 تطرق إلى

[1093] اتجاه فقهي فرنسي تبنى هذا الموقف لتحديد انطباق القانون، فلم يقبل بوجود حادث عندما يكون المكان خاصا، ولا ينتمي إلى نوعية الطريق العام، بشرط أن تكون السيارة متوقفة.
F.Chabas, le droit des accidents de la circulation après la loi du 5 Juillet 1985, n°129.

[1094] Viney et Jourdain, n°981.

[1095] Civ 2ème. 28 février 1996, D.1996, p.438 note J. Mouly, Resp. civ. et assur. 1996, comm.n°168 et chr. n°22 par Groutel accident de la circulation ou accident sportif ; R.T.D. Civ 1996, p.641. P. Jourdain ; Civ 2ème. 19 juin 2003, D. 2003, sommaire, 2540 obs.F.Lagarde.
ولكن الحوادث اللاحقة بالمتفرجين في طريق مغلقة بغرض السباق، تخضع لقانون جويلية 1985.

[1096] Civ 2ème. 29 Juin 1988, Resp. Civ et assur. 1988, comm. n°11.

[1097] CA. Montpellier, 15 oct. 1987, J.C.P 1988, II, 21131, note S.Bories.
ويشهد القضاء الفرنسي إقرارا بشرط إضافي لتحديد مفهوم السير يقوم على تحديده انطلاقا من ضرورة وقوعه في مكان مخصص للسير، فلا يعتبر الحادث حادث سير إن وقع في ساحة عمارة.

[1098] حسب الاصطلاح الوارد في القرار التعقيبي الجزائي عدد21490، في 29 سبتمبر2007، ن.ج. ص.289.



**L'implication**. وقد ازداد تأكيدا بعد أن ورد في مجلة الطرقات في الفصل الثالث منه[1099]. وهو مايدعو إلى بلورته واستجلاء مكامنه. فهل إن العلاقة السببية بين الحادث وفعل السيارة ستبقى على ماهي عليه وفق الرؤية التقليدية للمسؤولية الشيئية؟

رغما عن عدم تطرق قانون أوت 2005 لهذا المصطلح بشكل متواتر، إلا في مواضع قليلة، فالأرجح أن العلاقة السببية القديمة التقليدية يجب أن تصطبغ بمرونة دنيا إلى حدّ التعرّض إلى التدخل السببي. وهو مفهوم جديد يجنّب توفر فعل الشيء وفقدانه عندما يكون الوضع عاديا.

**304.** الفصل 1 من قانون جويلية 1985 تطرق إلى هذا المفهوم صراحة[1100]. وقد بقي التدخل موضع جدال في القضاء الفرنسي. القضاء الفرنسي تدرج رويدا رويدا إلى كسر حدة هذا الشرط، وبعد تطور مضطرب، تراجع القضاء الفرنسي عن رؤيته التقليدية ليقبل برؤية تتماشى وغايات القوانين المتعلقة بحوادث المرور، خاصة وأن هذا الشرط يرتبط بمدى تدخل شركات التأمين، ويرمي إلى تحميل أكبر عدد منها لعبء التعويض، فيكون مخففا بفضل توزعه بينها.

**305.** التدخل السببي يختلف عن العلاقة السببية التي تضبط علاقة الفعل مع الضرر، في حين أن التدخل السببي يضبط هذه العلاقة مع الحادث[1101].

[1099] ينص الفصل الثالث على أن تشارك سيارة في حادث السير .

[1100] Les dispositions du présent chapitre s'appliquent, même lorsqu'elles sont transportées en vertu d'un contrat, aux victimes d'un accident de la circulation dans lequel est *impliqué* un véhicule terrestre à moteur ainsi que ses remorques et semi-remorques, à l'exception des chemins de fer et des tramways circulant sur des voies qui leurs sont propres ».

[1101] Viney et Jourdain, préc. n°992.

التدخل السببي ليس علاقة سببية بالمعنى التقليدي. وقد عرفه الفقه بأنه مساهمة مادية وليس مساهمة سببية أو أنه مساهمة عادية، وتمكن من طيّ فقه القضاء المنطبق في المسؤولية الشيئية، حتى وإن كان القضاء قد بدأ يتدرج إلى القبول بالدور السببي للشيء غير المتحرك دون إثبات وجود وضعية شاذة. فالعلاقة غير المباشرة بين الحادث وفعل السيارة لا تنهض في التصور التقليدي للمسؤولية المدنية كعلاقة سببية، في حين أنها تعتمد إذا ما تم القبول بمجرد التدخل السببي أو حتى مجرد التدخل. ويمكن في هذا الموضع أن نستأنس بالقضاء الفرنسي الذي تخلى عن معيار الجمود أو الحركة في الدور السببي للسيارة، ليفرق في نهاية المطاف بين أمرين، الاتصال والملامسة بين المتضرر والسيارة (1)، وفقدان ذلك الاتصال (2).

## 1 ـ الاتصال بين المتضرر والسيارة

**306.** يمكن أن يكون هذا الاتصال مع سيارة في وضعية حراك. ولا يوجد إشكال في هذا الأمر عند إثبات الاصطدام، ولكن يمكن أن يكون الاتصال والملامسة بسيارة في وضعية جمود (وإن كانت غير شاذة). وقد تكون هذه الوضعية داعية إلى الحنين إلى معايير السببية التقليدية ومغرية باعتمادها. وأنّى لهذا أن يحصل، وقد تحول المصطلح عن السببية الصرفة لينقلب إلى مجرد تدخل في الحادث.

القضاء الفرنسي ذهب إلى الإعتماد على معيار أول لضبط التدخل، يقوم على إحداث الاضطراب في الجولان[1102]. ولكن هذا المعيار لم يكن لينسي

1102 Critère de la perturbation de la circulation, Civ. 2ème, 21juillet 1986, JCP.1987, II 20769, obs Durry.



الدور الإيجابي للسيارة في التحليل التقليدي، فتمّ التخلي عنه[1103]. فأقر القضاء الفرنسي "بأن السيارة (العربة ذات محرك) لما تكون متوقفة دون أن تدخل اضطرابا على الجولان لا تعتبر مع ذلك غير ذات تدخل في الحادث. وتبعا لذلك، تم تدقيق هذا المفهوم، لتعدّ العربة متدخلة في الحادث عند ما يتم الاصطدام بها، سواء كانت متحركة أو في وضعية جمود"[1104].

## 2 ـ عدم الاتصال والملامسة بين العربة والمتضرر

**307.** عند فقدان الاتصال والملامسة، فإن التدخل يحصل بفضل تطويع هذا المفهوم، بإرساء معياريجعل السيارة طرفا حتى عندما يكون دورها عاديا في الحادث[1105]، أو تدخلت ماديا بأي شكل من الأشكال، كالمناورة الفجئية أو المضايقة أو إلقاء حجارة إنزلق عليها بعض المارة. وكذلك الشأن في الحوادث المتسلسلة، فالتدخل ثابت ولكنه ليس مفترضا. وعلى المتضرر إثبات ذلك[1106].

**308.** ولكن هذا المصطلح الذي يرمي إلى تخفيف أعباء التعويض عن شركة تأمين واحدة، و تعميم الأمر على العديد منها، تخفيفا عنها لما تنهض به واحدة دون الأخرى من حمل ثقيل، تبخرنسبيا بين سحائب السببية التقليدية. ويشهد على ذلك رسم الجداول المحددة للمسؤولية والتناسب العكسي بين مسؤولية السائق، و ما يؤول إليه من تعويض. وعادت السببية مرتبطة بالتحديد

1103 Civ.2, 20 janvier 1993, Resp. Civ. et ass. 1993, commm. n°123. D.1994, somm. p.17, obs. J. L. Aubert ; RTDciv.1994, p.369, obs. Jourdain ; 23mars1994, D.1994, p.299, note Groutel ; J.C.P.1994, II 22292, note Ph. Conte, R.T.D.Civ.1994, p.627, obs. Jourdain. : "Le fait qu'un véhicule terrestre à moteur soit en stationnement sans perturber la circulation n'exclut pas son implication dans un accident".

1104 Viney et Jourdain, op.cit. n°996.

1105 Un rôle quelconque.

1106 Civ. 2ème, 21 oct. 2004, Resp. Civ. et assur. 2004, comm. n° 368, obs. H. Groutel.

الذي يصرح به القاضي الجزائي لتلزمه في الدعوى المدنية المثارة أمامه من القائم بالحق الشخصي[1107]. وللموقف أثر مباشر على أحكام التعويض.

## الفقرة الثانية: أحكـام التعويـض

ترتبط هذه الأحكام بداهة بالأضرار البدنية(ب).أما الأضرار المادية(أ)، فإن خضوعها لقانون حوادث السير موضع نظر في القانون.

### أـ الأضرار المادية

**309.** هذه الأضرار تشمل خاصة الأضرار اللاحقة بالسيارة كما يعني ذلك الفصل 121 في فقرتيه 5 و6. هذان الفقرتان بالذات ترتبطان ببدايته، وبالتحديد بفقرته الثانية التي تجعل القانون ذا تطبيق مطلق على الأضرار اللاحقة بالأشخاص في حوادث السير. و بقياس عكسي يمكن الاستنتاج أنه لا ينطبق مطلقا على الأضرار المادية اللاحقة بالسيارات، فهل يمكن اعتماد أحكام المسؤولية الشيئية التي تسمى دعوى الضمان في هذه المسألة؟

**310.** كان للقضاء التونسي موقف منقسم حول هذا الأمر. فقد سارت محاكم النواحي نحو قبول الدعاوى القائمة على أحكام الفصل 96[1108]. وقد عللت موقفها على أساس أن الفصل 121 "قد استثنى صراحة من مجال تطبيقه الأضرار التي تلحق العربات البرية وهو ما يتأكد من خلال عنوان الباب الوارد به، والذي جاء في صيغة تنفي أية إمكانية لتطبيق القانون المذكور على دعاوى تعويض الأضرار المادية اللاحقة بالعربات البرية، حيث جاء تحت عنوان الباب

[1107] تعقيبي جزائي عدد 27678 في 9 ماي 2008، غير منشور، سابق الذكر.
[1108] قرار عدد 59985 محكمة الناحية بصفاقس مؤرخ في 14 جويلية 2006، غير منشور.



الثاني" في نظام التعويض عن الأضرار اللاحقة بالأشخاص في حوادث المرور". و بعض المحاكم الابتدائية بوصفها محاكم استئناف لما يصدر عن محاكم النواحي، أقرت هذا الإتجاه[1109]. في حين أن بعض الدوائر بتلك المحاكم ناقضت هذه الأحكام، واستندت إلى الفقرتين 5 و6 من الفصل 121 الذي يربط التعويض بدرجة المسؤولية غير المحمولة على سائق العربة سواء كان مالكا لها، أو غير مالك لها وربط تحديد نسبة المسؤولية بالصور الجامدة للمسؤولية[1110]. وتتمادى هذه الفرقة أيضا في محاكم الإستئناف، ففيها منساير

المحكمة الإبتدائية قضية عدد : 34443 تاريخ الحكم : 27 ديسمبر 2007، غير منشور: وحيث خلافا لما تمسك به بقانون المؤرخ في 15 أوت 2005، فإن الفصل 121 من القانون المذكور جاء صريحا في عدم انطباق أحكام ذلك القانون على الأضرار المادية نائب الطاعنة من أن أحكام الفصل المذكور لا تصح كسند للدعوى الحالية باعتبار أن ذلك يتعارض وأحكام الفصل 121 من مجلة التامين وفقا لأحكام االتي تلحق العربة البرية ذات المحرك علما وأن أحكام الفصل المتقدم جاءت في خانة الباب الثاني المعنون تحت نظام التعويض عن الأضرار اللاحقة بالأشخاص في حوادث المرور وهو ما يؤكد بصفة لا لبس فيها أن مسألة التعويض عن الأضرار اللاحقة بغير الأشخاص وفي قضية الحال العربة ذات المحرك تعدّ خارجة عن مناط أحكام الفصل 121 وتبقى تبعا لذلك خاضعة بداهة لأحكام القانون العام بما في ذلك أحكام الفصل 96 من المجلة المدنية.
وحيث ولئن تضمنت الفقرة الأخيرة أن تلك الأضرار تعوض حسب نسبة المسؤولية غير المحمولة على السائق ... إلا أن تلك الفقرة لا يمكن بأية حال أن تحجب المنع الصريح الذي ارتآه المشرع في إطار الفقرة السابقة من عدم انطباق هذا الفصل في مجال التعويض عن الأضرار اللاحقة بغير الأشخاص ذلك أن التأويل العام يقتضي وفقا لأحكام الفصل 546 م ا ع أنه إذا تعارض المانع مع المقتضى قدّم المانع وطالما أن المشرع قد منع صراحة انطباق أحكام الفصل 121 على طبيعة النزاع في قضية الحال فإنه لا مناص من استبعاد ذلك الفصل في إطار النزاع الحالي والاحتكام لقواعد القانون العام وتبعا لذلك بقبول أساس التعويض في مجال النزاع الحالي (الفصل 96 م ا ع) بوصفه السند الصحيح في مجال طلب التعويض على النحو الذي ذهبت إليه محكمة البداية عن صواب.

[1110] وانه تطبيقا لأحكام الفصل 121 من القانون السالف الذكر فإن الأضرار المادية التي تلحق العربات يقع التعويض عنها حسب نسبة المسؤولية الغير المحمولة على السائق وهو ما دأبت محاكمنا على تطبيقه في العديد من القضايا ونورد على سبيل الذكر القرار الإستئنافي المدني عدد 27005 الصادر بتاريخ 2008/12/16 والذي جاء به ما يلي:" حيث انحصر الجدل القانوني بين الطرفين حول تطبيق الفصل 121 من م ت ما يفيد أن الأضرار المادية اللاحقة بالعربات يعوض عنها طبق نسبة المسؤولية وحيث ان الحادث موضوع قضية الحال قد جد عندما أصبح القانون عدد 86 لسنة 2005 ساري المفعول وحيث أن محكمة البداية ولما كيفت الدعوى وطبقت مقتضيات الفصل 121 من م ت وجزئت المسؤولية تكون قد أحسنت تطبيق القانون ولا تثريب عليها مما يتجه معه اقرار حكمها واجراء العمل به وحيث والحال ما ذكر فإن استناد الضد للفصل 96 من م ا ع في غير طريقه ومن المتعين رد الدعوى لهذا السبب".
وقد أكد هذا المبدأ القرار التعقيبي عدد 16193 والمؤرخ في 7 أفريل 2009 والذي جاء به ما يلي:"حيث يستروح من أحكام الفقرة الأخيرة من الفصل 121 من القانون المذكور أنه يمكن التمسك

انطباق الأحكام العامة للمسؤولية مع استبعاد الاختصاص المطلق لقانون مجلة التأمين في بابها المتعلق بحوادث السير. وقد كان لمحكمة الاستئناف بصفاقس[1111] تعليل مستفيض، فيه حجج نصية التزمت بقواعد الشرح على

---

ضد المؤمن في خصوص الحوادث التي جدت بعد غرة جانفي 2006 عندما يتعلق الأمر بالأضرار المادية اللاحقة بالعربات على المسؤولية التقصيرية المؤسسة بالأساس على الأخطاء الشخصية للطرفين ومدى مساهمة كل منهما في حصول الحادث وهو ما يخلص منه إقصاء الفصل 96 من م ا ع من التطبيق".

وايضا ما جاء بالقرار التعقيبي عدد 24000 الصادر بتاريخ 2009/08/24 وانه :"أن متعلق احكام الفقرات الأربع من الفصل 121 الوارد بالباب الثاني من العنوان الخامس المدرج بمجلة التامين بموجب القانون عدد 86 لسنة 2005 هو التعويض عن الأضرار اللاحقة بالأشخاص دون الإضرار المادية التي تلحق العربة والتي استثنتها الفقرة الخامسة من ذات الفصل صراحة من ميدان تطبيق الباب الثاني من ذلك العنوان بما نصه"ولا تنطبق احكام هذا الباب على الأضرار المادية التي تلحق العربة البرية ذات المحرك وحيث كون ذلك لا يعني البتة ان طلب التعويض عن الأضرار اللاحقة بالعربة ذات المحرك يكون خاضعا لأحكام القانون العام يوجه مطلق أي بما في ذلك أحكام الفصل 96 من م ا ع المتعلق بالمسؤولية الشينية ضرورة انه جاء بالفقرة الأخيرة من الفصل 121 الواقع الإشارة إليه والتي تلت مباشرة الفقرة 5 السالف إيراد نصها ما يلي " وتعوض تلك الأضرار حسب نسبة المسؤولية غير المحمولة على السائق سواء كانت العربة على ملكه أو على ملك غيره أن وضع اللغة الذي جعله الفصل 532 من م. ا. ع. مما تفسر به أحكام القانون انما يقتضي أن تفهم هذه الفقرة على أنها متعلقة بالأضرار المادية للعربة طالما أن تلك الفقرة كانت من جهة قد تلت الفقرة التي تحدثت عن الأضرار المذكورة واستثنتها بما يجعل اسم الاشارة "تلك" السابق لعبارة "الأضرار" والوارد بالفقرة اللاحقة (أي الفقرة الأخيرة للفصل 121 عائدا على "الأضرار المادية التي تلحق العربة البرية ذات محرك" التي شكلت محل الفقرة السابقة (أي الفقرة قبل الأخيرة من ذات الفصل) وطالما أن تلك الفقرة الأخيرة من جهة أخرى إذ هي وضعت قاعدة للتعويض عن الأضرار قد نصت على ان تلك القاعدة تسري سواء كانت العربة على ملك السائق أو على ملك غيره وهو ما يفيد أن مناط التعويض هي العربة ولئن كان كانت الأضرار المادية للعربة بهذا الاعتبار مما يبقى التعويض عنه خاضعا لأحكام القانون العام دون القانون عدد 86 لسنة 2005 فانه يتعين أن يستثني بصفة مبدئية من أوجه القيام على معنى احكام ذلك القانون العام بوجه المسؤولية الشيئية الوارد بها الفصل 96 من م ا ع ضرورة أن هذه المسؤولية موضوعية لا تقبل التجزئة حسبما استقر عليه فقه القضاء وهي بذلك لا تجد مجالا لأن تطبيق وحكم الفقرة الأخيرة من الفصل 121 على ما هو عليه أي طالما أنه حكم ينص على أن يكون القضاء على اساس نسب المسؤولية وتفريعا لما تقدم بسطه فإن جواز القيام في تعويض الاضرار المادية للسيارة بناء على المسؤولية التقصيرية ينبغي أن يؤسس على أحكام الفصل 83 من م. ا. ع. الذي يجزأ فيه المسؤولية دون غيره حتى يكون القيام متفقا وأحكام الفقرة الأخيرة من الفصل 121 من مجلة التامين ويؤمن بذلك لنصوص القانون اتساقها.

وحيث ان محكمة الحكم المنتقد لما أسست قضاءها على خلاف هذا المنحى معتبرة ان التعويض عن الأضرار اللاحقة بغير الاشخاص يعد خارجا عن مناط الفصل 121 ويبقى خاضعا لأحكام القانون العام بما في ذلك احكام الفصل 96 من م ا ع اعمالا لقاعدة الفصل 546 من ذات المجلة في أنه اذا تعارض المانع مع المقتضي قدم المانع انما تكون قد أساءت تطبيق الفصل 121 من م.التأمين الأمر الموجب للنقض."

[1111] محكمة الإستئناف صفاقس عدد 23688 في 8 ماي 2008، غير منشور.



المتون، استنادا إلى عنوان الباب[1112]، وإلى تركيبها اللغوي والأعمال التحضيرية للقانون[1113]. وبلغ الاختلاف دوائر محكمة التعقيب[1114]، بناء على

---

[1112] "وحيث اقتضت أحكام الفصل 532 م ا ع أن نص القانون لا يتحمل إلا المعنى الذي تقتضيه عبارته بحسب وضع اللغة وعرف الاستعمال ومراد واضع القانون...وحيث ورد بعنوان وتسمية القانون عدد 86 لسنة 2005 المؤرخ في 15 اوت 2005، أنه يتعلق بنظام التعويض عن الأضرار اللاحقة بالأشخاص عن حوادث المرور ويعني ذلك أنه لا يشمل الضرر المادي اللاحق بالعربات وهو ما يستنتج من قراءة عكسية للفقرة 3 من الفصل 121 من ذلك القانون التي تحجر التمسك بأي قانون أخر ضد المؤمن بخصوص طلب التعويض عن الأضرار اللاحقة بالأشخاص في حوادث المرور أي أنه من الجائز التمسك بأي قانون آخر غير ما ذكر في جبر الضرر المادي للعربات فلو أراد المشرع اخضاع هذا النوع الأخير من الضرر لقانون 15 أوت 2005 لأكد صراحة على انطباقه عليه وذلك عملا بأحكام الفصل 534 م ا ع الذي اقتضى أنه نص القانون على صورة معينة بقي إطلاقه في جميع الصور الأخرى كما أن عبارة الفقرة 5 من الفصل 121 واضحة في عدم انطباق أحكام ذلك على ما يلحق العربة البرية من ضرر إذ تنص على أنه لا تنطبق أحكام هذا الباب على الأضرار المادية التي تلحق العربة البرية ذات المحرك وهنا تجلت إرادة المشرع بكل وضوح في عدم انطباق القانون الجديد للتأمين على العربات".

[1113] وحيث تتجه الملاحظة إضافة لما سبق أن لفظ تلك الأضرار الوارد بالفقرة الأخيرة من الفصل 121 من مجلة التامين لا يقصد بها (أضرار العربة) فلفظ تلك هو اسم إشارة للبعيد ولا يمكن أن يرجع على الفقرة الأخيرة السابقة لها مباشرة.

وحيث لاحظ نائب الطاعنين أن مداولات مجلس النواب عند مناقشة قانون 15 أوت 2005 والأعمال التحضيرية له لم تشر إلى شمول مجاله للتعويض عن الأضرار اللاحقة بالعربات وان المناقشات تركزت كلها على أنه قانون يرمي لوضع خطة إصلاحية لنظام التعويض عن الضرر اللاحق بالأشخاص فحسب في حوادث المرور وتعد هذه الملحوظة وجيهة ومأخوذ بها لتناسقها مع ما تم بيانه أعلاه.

وحيث يخلص مما ذكر أنه لا شيء يمنع قانونا من قبول دعوى التعويض عن الضرر اللاحق بالعربات البرية المؤسسة على الفصل 96 مدني طالما أن مجال قانون 15 أوت 2005 منحصر في التعويض عن الضرر اللاحق بالأشخاص واضحى بالتالي قيام العارضين على اساس أحكام الفصل 96 مدني كأساس لطلب جبر خسارتهم موضوع الدعوى مقبولا ...

[1114] تعقيبي عدد 27393 الصادر بتاريخ 1 أوت 2008، غير منشور: حيث وخلافا لما تمسك به نائب الطاعنة فإن القانون المذكور قد استبعد تطبيقه عند طلب التعويض عن الأضرار المادية للسيارة وبذلك فإن محكمة القرار المطعون فيه تكون قد طبقت القانون تطبيقا سليما في اعتمادها أحكام القانون العام وتحديدا بالذات الفصل 96 من المجلة المدنية لا على القانون الجديد عدد 86 لسنة 2005 ضرورة ان الفصل 121 الموما إليه ينطبق على الأضرار البدنية دون الأضرار المادية.... كذلك قرار محكمة التعقيب 25606 الصادر بتاريخ 16 جوان 2008 حيث أن الباب الخامس من مجلة التأمين والذي تم إدراجه بموجب القانون عدد 86 لسنة 2005 المؤرخ في 15 أوت 2005 يتعلق بوضعية معينة إذ حدد مجال تطبيقه في تأمين المسؤولية المدنية الناتجة عن استعمال العربات البرية ذات محرك ونظام التعويض عن الأضرار اللاحقة بالأشخاص في حوادث المرور لذلك فهو واجب التطبيق أليا في الصور المحددة له وبالشروط المنصوص عليها بالفصول المضمنة بهذا الباب من مجلة التأمين لذلك فإنه لا مجال بمقارنة هذه الأحكام بأحكام مجلة الالتزامات والعقود أو مقارنتها بها وخاصة منها الفصل 83 م ا ع على خلفية ان ما احتواه الفصل 121 من م ت من إمكانية تجزئة المسؤولية المدنية بين المتضرر والمتسبب في الضرر يحيلنا إلى أحكام الفصل 83 م ا ع مع استبعاد أحكام الفصل 96 م ا ع.

أن الباب الخامس من مجلة التأمين المنقحة بقانون 15 أوت 2005 منحصر في الأضرار البدنية دون أن يتعدى للمادية، ليبقى نظام التعويض عنها مرتبطا بالأحكام العامة للمسؤولية، خاصة منها أحكام الفصل 96 م ا ع بأبعاده الموضوعية التي اهتدى إليها الإنشاء القضائي الحكيم، مما...يبشر بتعهد قريب للدوائر المجتمعة بالمسألة.

القضاء الفرنسي، طبقا لقانون 5 جويلية 1985، ربط أيضا التعويض عن الأضرار المادية بخطأ السائق، إذ يمكن ان ينهض هذا الخطأ سببا لتحديد التعويض أو للحرمان منه أصلا، ولكن القضاء الفرنسي كان له موقف في تعويض خطأ السائق يختلف عن موقف القانون التونسي.

### ب – الأضرار البدنية اللاحقة بالأشخاص

**311.** يجب التمييز في هذه الأضرار بين المتضررين غير السائقين والمتضررين السائقين. قانون 15 أوت 2005 يضمن للمتضررين الذين جاء ذكرهم في الفصل 121 التعويض، ويفرق القانون بين المتضررين السائقين والمتضررين غير السائقين. ويضيف الفصل 124 عدم معارضة المتضررين بالقوة القاهرة والأمر الطارئ وفعل الغير .

هل نعتبر أن المتضررين الذين عناهم الفصل 124 هم نفسهم أولئك الذين عناهم الفصل 121؟

وحيث طالما تعلق الأمر في قضية الحال بطلب التعويض عن اضرار مادية لسيارة فان الفصل 121 م. ت لا ينسحب عليه وان تأسيس الدعوى في الأصل على أحكام الفصل 96 م ا ع هو حق خوله القانون للمدعى...



**312.** القانون الفرنسي عرف نفس الإشكال من خلال الفصلين 2 و6 من قانون جويلية 1985 واعتبر الفقهاء أن الفصل 6 يرتبط أيضا في تفسيره بالفصل 2 وأنهم نفسهم (أي المتضررين) الذين عناهم الفصل2.

هذان الفصلان (121-124) يبرزان بقاء العلاقة بين هذا القانون وأحكام المسؤولية، إذ أن الفصل 124 يتعرض إلى مصطلح الحافظ وهو مصطلح سليل المسؤولية المدنية[1115]، أي أن السائق يمكن أن يكون حافظا ويمكن أن لا يكون كذلك. ويؤكد الفصل 110 أن عقد التأمين يغطي المسؤولية المدنية (مبرمه – مالك العربة وكل الأشخاص المتعاطين لمهن تصليح العربات او صيانتها أو الاتجار فيها)، ولذلك يضمن القانون الجديد للمتضررين في الفصل 124 عدم معارضتهم بالقوة القاهرة والأمر الطارئ وفعل الغير. ولا يقف مدلول ذلك الفصل على اعتبار الحافظ أو السائق دائنا بالتعويض بوصفه متضررا، ليتعدى إلى الفرضية التي يكون فيها مدينا بالتعويض لأن السيارة هي الطرف الوحيد في الحادث (1). ولكن هذا النظام لا ينسحب دون فوراق حصلت بين فئتين من الضحايا، فئة السائقين (3)، وفئة المتضررين الآخرين .(2)

### 1– تضرر السائق أو الحافظ في حادث تسببت فيه سيارة لوحدها

**313.** عندما تصطدم سيارة بشجرة أو تهوي لوحدها أيضا في نفق أو منحدر، دون وجود غير يتسبب في الحادث، فإن المتضرر المدين بالتعويض سواء كان سائقا او حافظا للسيارة لا يجد غيرا آخر يطالبه بالتعويض لتسببه في الحادث، وبالتحديد ليطالب شركة تأمين هذا الغير بالتعويض. وبما أن قراءة

[1115] وقد كان قرار الدوائر المجتمعة المؤرخ في 28 اكتوبر 2010، سابق الذكر قد سحب نفس تعريف الحفظ و الحافظ على قانون حوادث السير.

الخطوط العريضة للقانون تبين اعتماد جانب منه على تأمين المسؤولية، فإن غيابها يعني غياب تأمين يحلّ محل المدين بالتعويض. وقد سار في ذلك القضاء الفرنسي[1116]، فرفض التعويض لمتضرر أوقف سيارته بمنحدر فلحقت به وأصابته بأذى[1117]، ولم يمكن الورثة من مطالبة مورثهم بالتعويض لأنه لم يكن مدينا بالتعويض على أساس المسؤولية[1118]. ولا مانع قانونا من أن يحوّل القضاء قانون 15 أوت 2005 إلى قانون ضمان في هذه النقطة، ليمكن المتضرر من أن يكون مدينا ودائنا في نفس الوقت، إلا إذا كان الحادث بسبب خطأ فادح غير مغتفر على معنى الفصل 122[1119].

**314.** وتثور المسألة أيضا عندما يكون المتضرر حافظا للسيارة دون أن يكون سائقها، كأن يكون المالك جالسا في السيارة عند الحادث. فهل يحق له أن يعتمد على احكام قانون أوت 2005؟ لا مانع أصلا من ذلك بالنظر إلى ظاهر النص. وقد رصد القضاء الفرنسي لنفس المشكل حلا مماثلا[1120].

**315.** وختاما، يكون مدينا بالتعويض عندما يتضرر السائق والحال أن الحافظ راكب معه. فهل يحق له أن يطالب الحافظ بوصفه مالكا، أو موفرا لتلك الصفة بمدلولها المادي؟ يقتضي المنطق تمتيع السائق المتضرر بالتعويض، إذ لا يعقل حرمانه من ذلك، والحال أن الفرضية المعاكسة السابقة أدّت إلى إقرار

[1116] Civ 2ème. 19 nouvembre 1986, G. P. 1987, 1, p. 140, note Chabas.
[1117] Civ 2ème. 24 juin 1992, D.1993. Som. p. 212, obs. J.L. Aubert.
[1118] Viney et Jourdain, Les conditions, n°1009.
[1119] فقه القضاء السابق استقر على تعريف الغير ليقصي عن هذا المفهوم السائق وأهله، الأستاذ الزين.
[1120] Civ 2ème. 29 Février 2000, R.T.D.Civ. 2000, p. 589, obs.Jourdain.



حق الحافظ غير السائق في التعويض[1121]، بموافقة الفقه الفرنسي[1122]، لأن قانون حوادث المرور يهدف إلى تحقيق تعويض مستقل وشبه آلي[1123].

ويبدو اعتماد أحكام المسؤولية الشيئية أكثر نفعا وأعظم جدوى بالنظر إلى عودة نظام التعويض إلى القانون العام وأحكام الفصل 107 من م ! ع. ويدعم هذا الرأي حكم الفصل 110 ف 3 الذي يجعل عقد التأمين مغطيا للمسؤولية المدنية لمبرمه ومالك العربة وكل شخص يتولى حفظها أو سياقتها...

ولا يبقى السائق او المتضرر في مركز المدين، لأنهما بالأساس دائنان بالتعويض.

### 2 ـــ المتضررالدائن من غير السائقين

**316.** ينص الفصل 122: "يقع تعويض متضرري حوادث المرور عن الأضرار اللاحقة بالأشخاص ومخلفاتها دون إمكانية معارضتهم بخطإ في

[1121] لم يكن هذا الحل بديهيا في القضاء الفرنسي. فقد بدأت محكمة التعقيب الفرنسية بنفي حق السائق المتضرر في القيام هذا ضد الحافظ، على أساس قانون 1985 لتمكينه من التوسل بأحكام المسؤولية الشيئية.
Civ 2ème. 3 Février 1993, Resp. Civ. et assur. 1993, n°163, R.T.D. Civ. 1993, p599, obs. Jourdain.
ثم مكنه من التداعي ضدّه على أساس أحكام قانونية جويلية 1985 عند وجود خطأ من الحافظ كان وراء الحادث.
Civ 2ème. 24 Janvier 1996, Resp. Civ et assur.1996 n°91, R.T.D. Civ. 1996, p. 409, obs. Jourdain.
ليقبل في نهاية المطاف بقيام السائق ضد الحافظ دون إثبات خطأ عند ذلك الحافظ.
Civ 2ème, 2 Juillet 1997, D.1997, p. 448, note Groutel, R.T.D. Civ. 1997, p. 959, obs. P. Jourdain. Crim. 4. Décembre 2001.Bul. Crim. n° 249.
وهو قرار قبل قيام ورثة السائق ضد المتبوع بوصفه حافظا للسيارة.
[1122] Viney et Jourdain, n°1009 .
[1123] وقد احتوى مشروع تنقيح المجلة المدنية الفرنسية على حكم مماثل في الفصل 1385 ف. 4 من القانون المدني.

جانبهم باستثناء الحالة التي يتعمدون فيها إلحاق الضرر بأنفسهم أو الخطأ الفادح الذي لا يمكن تبريره"[1124]. وإذ يحقق القانون الفرنسي نفس المبدأ، فإنه يضيف استثناء يحمي المتضرر الذي لم يمض من عمره ستة عشرة عاما أو الذي مضى منه سبعون عاما، أو الذي كان يشكو من إعاقة بدنية لا تقل عن 80 % ما لم يكن خطؤهم عمديا.

**316 مكرر**. المبدأ هو معارضة المتضرر غير السائق بالخطأ العمدي[1125]، وبالخطأ الفادح غير المبرر، الذي يكون سببا وحيدا للحادث وفق الفصل 122م.ت. وهو شرط لم يرد في الصيغة الظاهرة للنص وإنما يستخلص من الأعمال التحضيرية للقانون، ومن انصراف نية المشرع إليه. ويشمل هذا الصنف كل المتضررين باستثناء السائق (مترجل، دراجي، راكب جرار، وسائق عربات دون محرّك والمتضررون الراكبون). ويكون التعويض لهم كاملا أو مفقودا. فلا منزلة بين المنزلتين، أي لا تحديد للتعويض بقدر مساهمتهم السببية.

**317**. والخطأ العمدي يختلف عن الخطإ القصدي من حيث أنه منزوع، على خلاف الثاني، من أي عزم على تحقيق الضرر. الفصل 122 م. ت. الذي تعرّض للخطأ العمدي يؤدي بالضرورة إلى إقصاء المعتوهين، ومن بعقولهم خبال، وكذلك الصغير غير المميّز . وهو يحرم من التعويض عند

---

1124 حكم مدني عدد 9123 صادر عن المحكمة الابتدائية بالكاف في 12 مارس 2007، القضاء والتشريع2007 العدد 5، ص. 153. :"ان المسؤولية الناتجة عن حوادث المرور هي مسؤولية موضوعية يكفي لقيامها ثبوت علاقة السببية بين الضرر اللاحق بالمتضرر بخطئه باستثناء حالتي تعمد المتضرر إلحاق الضرر بنفسه أو حالة الخطأ الفادح".

1125 تعقيبي جزائي عدد 33221 مؤرخ في 05 جويلية 2008، ن. ج. ص.281. الذي عدد حالة الانتحار كخطإ عمدي واعتبره في حيثياته مرتقيا إلى مرتبة القوة القاهرة والأمر الطارئ ، ويؤدي إلى التفصي من المسؤولية مهما كان أساسها.



الانتحار[1126] دون أن يكون تحت انهيار نفسي يعدم القدرة على تقدير عواقب الأمور، وعند الغش للحصول على التعويض من شركات التأمين[1127]. ولكن هذه الصيغة على دقتها لم تمنع القضاء الفرنسي من حماية المتضرر غير السائق بتقييد التفصي بالخطإ القصدي. وكلما لم تتوفر نية تحقيق الضرر، كان الخطأ إراديا غير مانع من التعويض الكامل للمتضرر، كشأن من يعترض طريق السيارة ليصدها عن المرور[1128]، أو من يسقي سائقه قواريرخمر وقد تجاوزت سرعته المائة وستين كلم في الساعة[1129].

يجب أن يكون الخطأ فادحا أي غير مغتفر **(1.1)**، والسبب الوحيد للحادث **(1.2)**.

### 1.1 ـ الخطأ الفادح أوغير المغتفر

**318**. تبدو صيغة القانون دقيقة وصارمة.

يتكوّن الخطأ غير المغتفر من مجموعة عناصر. فهو غير مغتفر بوصفه سلوكا لا يبرر بأي وجه معقول. ويكون التقدير مجردا، إذ يتوجب على الرجل العادي إدراكه. والاستئناس بالقضاء الفرنسي يؤدي إلى الاستشهاد بجملة

---

1126 وهو التفسير الذي انتهى إليه القضاء الفرنسي انطلاقا من صيغة مماثلة وردت بالفصل الثالث بفقرتيه الثانية والثالثة.
Civ. 2ème, 24 février 1988, Bull. Civ. II, n° 49 ; 31 mai 2000, Resp. civ. et assur. 2000. comm. 260.

1127 وهي فرضيات نظرية إلى حد الآن.
Ch. Radé, Les acquis et les zones d'ombre de l'interprétation jurisprudentielle de la loi du 5 juillet 1985, in Loi Badinter : Le bilan de 20 ans d'application, sous la direction de Ph. Brun et P. Jourdain, L.G.D.J., 2006, p.35s. sp.43.

1128 Exemple tiré de la jurisprudence française : civ. 17 fév. 1988, Bull. civ. II, n°44.

1129 crim. 22 mai 2002, Bull.crim, n°117.

من القرارات مؤرخة في 20 جويلية1987 [1130] قدمت تعريفا تأليفيا للمفهوم. وقد اتسم موقف محكمة التعقيب الفرنسية بتشدد في قبول هذا الوصف، فكانت رؤيتها أكثر تضييقا من قضاة الأصل[1131]. فهي لا ترى حتى في الخطأ القائم على الإهمال البالغ وعدم الانتباه الخطير خطأ غير مغتفر، كالمترجل الذي يقطع الطريق دون احترام أضواء المرور، في ظروف غير آمنة، أو الدراجي الذي يسير وسط السيارات دون احترام علامات المرور، أو الذي ينحاز فجأة إلى سيارة، أو حتى الذي يتجول في اتجاه ممنوع ومخصص للسيارات. ولم يعتبر القضاء الفرنسي ركوب مالك السيارة حذو سائق مكنه من سيارته دون أن يحمل رخصة سياقة خطأ غير مغتفر، وحتى السكر الذي لا يفقد الميز لا يعتبر خطأ غير مغتفر إلا إذا رفض الراكب الثمل ربط حزام الأمان، وارتمى على السائق أثناء الطريق، فلم يقدر على رفعه عنه من فرط ثقله وخرج عن الطريق[1132]، أو عندما يواصل مترجل احتساء الخمر من قارورته وسط الطريق وجلس ليستريح وسط المعبد في ضباب يضعف الرؤيا خارج مواطن العمران[1133]. وقد ذهبت محكمة التعقيب الفرنسية إلى فقدان التفصي وغياب ذلك الخطأ عندما كان السائق الذي مكن من السيارة عن طواعية معاقا ذهنيا[1134]. ولكن الإعاقة يجب ألا تعدم الميز، وإلا فإنه سلوك لا يغتفر. وأكدت

[1130] Civ. 20 juillet 1987, G.P. 1988, I, p. 26 obs. Chabas et Bloch. Seule est inexcusable la faute volontaire d'une exceptionnelle gravité exposant sans raison valable son auteur à un danger dont il aurait dû avoir conscience.

[1131] Ch. Radé, « Les acquis et les zones d'ombre de l'interprétation jurisprudentielle de la loi du 5 juillet 1985 », in, Loi Badinter : Le bilan de 20 ans d'application, sous la direction de Ph. Brun et P. Jourdain, L.G.D.J., 2006, p.35s. sp.40s.

[1132] Cass.2ème, 20 mars 1996, Resp. Civ. assur. 1996, comm. 217.

[1133] Cass.2ème, 6 nov. 1996, Bull. Civ. II, n° 240.

[1134] Civ 2ème. 7 Juin 1989, D, 1989, p359, note Aubert ; handicap mental, R.T.D. Civ. 1989, p. 766, obs. P.Jourdain.



هذا الاتجاه في 10 نوفمبر 1995[1135]. واعتبرت أن الخطأ غير المغتفر يتوفر في جانب شخص يرتدي ثيابا داكنة، فتوقف ليلا في طقس ممطر، في طريق مظلم، ليستوقف سيارة تحمله إلى منزله، وكذلك في حالة قطع طريق سريعة او طريق سيّارة مع وجود منطقة آمنة للعبور مخصّصة للمترجلين، أو عند سكر مطبق، أوتسلق سيارة في حالة جولان أو القفز منها وهي تسير[1136]. وقد حاول الفقه تأصيلها بأنها سلوك يقوم على تهور إيجابي خطيرفيه ركوب لخطر واضح وخرق القواعد الأساسية للسلامة[1137].

**319.** وسنحت الفرصة للقضاء ليبتّ في المسألة وليعرف هذا المصطلح. فقد جاء عن المحكمة الابتدائية بسيدي بوزيد[1138] أن الخطأ الفادح الذي لا يمكن تبريره يتحقق عندما يصر المتضرر على امتطاء الصندوق الخلفي لوسيلة نقل رغم فقدان المكان الشاغر ومعارضة السائق وتزامن ذلك مع انطلاق السيارة. ورأت المحكمة أن هذا " سلوك مخالف لقواعد الحرص والحيطة كما أن هذا السلوك الذي أقدم عليه المدعي غير محفوف بتأكد أو بضرورة تبيحه ". ونظرا لفقدان أي تبرير لارتكابه مثل ذلك التصرف فإن الخطأ الفادح يمنع تغطية الأضرار اللاحقة به.

ويستمد من هذا التعليل التزامه بصيغة الفصل 122 من مجلة التأمين.

ونتج عن ذلك الأخذ بسلوك ذي خطورة موصوفة يختلف عن الخطأ العادي،

[1135] Ass.Plénière 10 novembre 1995, D. 1996, p. 663, rapport Chartier, R.T.D Civ. 1996, p.187, obs. P. Jourdain.

[1136] Civ. 2ème. 4 novembre 2004, R.T.D. Civ 2005, p. 152..

[1137] Viney et Jourdain, préc.n°1021. Viney, L'indemnisation des victimes des accidents de circulation, n° 32. « Une attitude de témérité active en faisant un effort de braver un danger évident et de violer les règles de sécurité élémentaire »

[1138] المحكمة الابتدائية بسيدي بوزيد عدد6543 في 30جانفي2007، غير منشور.

وفي ذلك انسجام مع غاية القانون وحرصه على حماية المتضرر من تبعات الأخطاء العادية . ويصب الموقف في اتجاه موضوعي واضح. ولكنه غالى في اعتماد التركيبة الحرفية للنص، ويتجلى ذلك في تدقيقه لمدلول شرط عدم تبرير اقتراف الخطأ. إذ يبدو من نظرته مقترنا بالباعث الذاتي للمتضرر، في حين أن القانون تشبع بموقف موضوعي يعالج الخطأ من مركز السببية أو حتى التدخل السببي. والتساؤل مشروع حول تحسن نظام التعويض للمتضرر مقارنة مع الأحكام العامة. ولا يعسر التأكيد على أن الوضع " تردى " مع ما كان عليه الأمر. وفي فقه القضاء شاهد قاطع على ذلك. ففي ملابسات مماثلة طبقت محكمة التعقيب الفصل 96 م ا ع ومكنت المتضرر من التعويض سالكة في موقفها سبيل الضمان[1139]. ويستحسن أن يقبل القضاء مع إيجابية هذا الاجتهاد تعريفا أكثر صرامة وتضييقا ليتماشى مع مسلمات القانون الجديد ومع تعريف اصطلاحي مستلهم منه. وتدرج القضاء فعلا إلى تعريف الخطإ الفادح بصرامة شديدة، فقد نقلته بعض المحاكم إلى درجة أشد لترادفه بالخطإ غير المغتفر[1140]: "إن الخطأ الفادح على معنى الفصل 122 من القانون عدد 86 لسنة 2005 والخطأ الذي لا يغتفر هو الذي لا يرتكبه أقل الناس عناية وانتباها والذي يعني الخطأ الفاحش والجسيم، كما يجب أن يكون السبب الوحيد لحصول الحادث، وأن سير المتضرر على السبيل الأيمن للمعبد عكس اتجاه المتهم لا يعد خطأ فادحا". وانتصرت محكمة التعقيب إلى هذا الاتجاه الذي يقوم على تقدير مجرد للخطإ، ويتوخى تعريفا اصطلاحيا دقيقا يضعه في أعلى سلم

[1139] قرار تعقيبي عدد 27605 المؤرخ في 23 سبتمبر 2003، (سقوط فتاة من شاحنة تعلقت بها ثم تخلت عن ذلك لوحدها) ،غير منشور، سابق الذكر.

[1140] قرار استئنافي جناحي عدد 634 صادر عن محكمة الاستئناف بنابل في 06 أفريل 2007 ، القضاء والتشريع 2007 ، العدد 5، ص. 153.



درجات الخطإ، في مرتبة أدنى من الخطإ القصدي[1141]. وقد ضربت محكمة التعقيب مثال قيام مترجل بقطع طريق سيارة، أو السير داخل نفق مخصص لجولان العربات[1142].

وتزداد مساهمة فقه القضاء فائدة، بفضل إضافة ذات بال، اشترط من خلالها أن يكون خطأ المتضرر السبب الوحيد في الحادث.

### 1.2 ــ السبب الوحيد في الحادث

**320.** مر بنا أن هذا الشرط لم يرد صريحا في نص القانون، بل تحقق في الأعمال التحضيرية، واعتبر تجسيما لما انتهى إليه فقه القضاء في تأويله لشروط التفصي من المسؤولية الشيئية موضوع الفصل 96 م ا ع. وحتى لا يتحول ذلك المنبع إلى أطلال قديمة لفها النسيان، كان لزاما أن يبقى الإقتباس دربا نحو التشدد في حرمان المتضرر من التعويض، بعد أن حرمه القانون من التعويض الكامل. وبدأت إرهاصاته في الظهور من خلال القضاء، الذي أدرج هذا الشرط، سواء بإنشائه[1143]، أو باعتباره منطقيا، إذ "عادة ما يؤدي الخطأ الفاحش المرتكب من المتضرر طبق المبادئ العامة للمسؤولية التقصيرية إلى

[1141] تعقيبي مدني عدد 30273 مؤرخ في 07 مارس 2009، ن. ص. 167. وقد تم نفس التعريف الذي ورد في القرار الاستئنافي المذكور سابقا: " إن الخطأ الفادح على معنى الفصل 122 من القانون عدد 86 لسنة 2005 والخطأ الذي لا يغتفر هو الذي لا يرتكبه أقل الناس عناية وانتباها والذي يعني الخطأ الفاحش والجسيم". وركز على معيار تقديره: "إن الخطأ الفادح الذي لا يغتفر ولا يرتكبه أقل الناس عناية وانتباها والذي يعني الخطأ الفاحش والجسيم كما يجب أن يكون السبب الوحيد لحصول الحادث، وبالتالي يجب وضع معيارين متلازمين لتحديد الخطأ الفادح، ويساوي الخطأ غير المغتفر أو الفاحش أو الجسيم. وهذا المعيار الأول يقصي الأخطاء العادية التي تقدر بالنظر إلى سلوك الإنسان العادي أو ما يسمى برب الأسرة الصالح. فالخطأ الفادح هو دون ذلك بكثير لأنه يرتكب من شخص من أقل الناس عناية وانتباها". ثم رتبه في هرم الأخطاء: "لكن بدرجة أدنى من الخطإ العمدي".

[1142] تعقيبي جزائي عدد 33221 المؤرخ في 05 جويلية 2008، سابق الذكر. خاصة ص.283. وهي تبدو من خلال هذه الأمثلة أقل تشددا من القضاء الفرنسي في الأمثلة المقارنة المذكورة.

[1143] كما فعل القرار التعقيبي عدد 30273 المؤرخ في 07 مارس 2009، سابق الذكر.

استغراق كامل للخطإ، وبالتالي إلى التفصي الكلي من المسؤولية "[1144]. ويعني أن "مساهمة سائق العربة في حصول الحادث ولو بصفة جزئية"، لا يمنع المتضرر عن تعويض كامل[1145]. في حين أن القانون الفرنسي أدرج هذا الشرط صراحة في أحكام قانون5 جويلية 1985. ولا بد أن يجتمع وصف خطإ المتضرر ودرجته مع استغراق سببية الحادث[1146].

### 3ـ المتضرر السائق

**321.** ذكر الفصل 123 م.ت.: "يحرم سائق العربة البرية كليا أو جزئيا وكذلك من يؤول إليهم الحق من التعويض عن الأضرار اللاحقة بالأشخاص في حوادث المرور حسب نسبة المسؤولية المحمولة عليه في الحادث، والتي يقع تحديدها وفقا للمقاييس المعتمدة بالجدول الملحق بهذا القانون".

هذا الموقف قابل للنقد عموما في كل الأنظمة. وفي القانون التونسي كانت النقلة واضحة بين نظام هذا القانون ونظام الفصل 96 من م ا ع، لأنه كان يمكّن السائق في جل الحالات من تعويض كامل.

لماذا هذا الحرمان؟

يقوم هذا الموقف على ربط مخاطر حوادث السيارات بسلوك السائق. ولا وجاهة في التمييز بينه وبين بقية المتضررين من هذه الزاوية. فهما سيّان

[1144] تعقيبي جزائي عدد 33221 المؤرخ في 05 جويلية 2008. سابق الذكر.
[1145] القرار السابق.
[1146] سببية الضرر قضية مختلفة.



فيما يلحقهم من أذى الطريق[1147]. والواقع أن شركات التأمين تبحث عن دفع السائق إلى الوعي بتحديد التعويض عن أضراره، ليتفادى الأمر وذلك باكتساب تأمين إضافي عن مسؤوليته.

من هو السائق؟

**322.** السائق هو المسيطر على العربة عند الحادث أو عند بدء الحادث. ويعني مبدئيا أنه الجالس إلى عجلة القيادة. ولكن عديد الوضعيات تدعو إلى إعادة التفكير في هذا التعريف ووضع المصطلح في الميزان، ومنها إذا كان المحرك متوقفا، أو عندما يتم جر السيارة. فهي فرضيات تتعارض مع اعتبار المتضرر الجالس إلى المقود سائقا، حتى وإن اتجهت قرارات قضائية مقارنة إلى خلاف ذلك[1148]. فالمعيار الأساسي الذي يستحسن اعتماده هو السيطرة الفعلية على السيارة التي تقوم بوظيفة السير العادية. ولا يعتبر سائقا الشخص الجالس في السيارة حتى أمام عجلة القيادة والعربة معطلة، لأن سيطرة السائق على العربة ترتبط مع القوة الدافعة لها. ولا يعتبر سائقا الشخص الذي يدفع العربة لتشغيلها أو الذي يمشي حذوها بعد أن تعطبت[1149]. وينتج عن ذلك أن مغادرته للعربة لقصد إصلاح عطب أو تغيير عجلة، تحوله عند الحادث من سائق إلى متضرر غير سائق[1150].

[1147] Ph.Brun, « Observations sommaires sur la faute du conducteur victime dans la loi du 5 Juillet 1985 », Etudes offertes à Hubert Groutel, Litec 2006, p.65s.
[1148] Cass.Civ.2ème. 20 Avril 1988, J.C.P 1989, avec la note.
[1149] Cass. civ2ème. 7 octobre 2004, Dalloz 2005, p.238.note
[1150] Ch. Rade, art. préc. , in Loi Badinter : Le bilan de 20 ans d'application, sous la direction de Ph. Brun et P. Jourdain, p.45 et les références.

**323.** وبما أن التحكم في العربة يبقى الفيصل بين السائق وغيره، فإن النقلة من مركز الراكب إلى السائق يتحقق عند من يوجه السيارة. فيعد كذلك معلم السياقة على خلاف التلميذ إذا كانت المكابح مزدوجة[1151]. ولا وجاهة في سحب هذه الصفة على الراكب الذي أمسك بالمقود ليوجه السيارة ضاغطا على رجل السائق الموضوعة على دواسة السرعة، كما ذهب إلى ذلك القضاء الفرنسي[1152]. ذلك أن المناورة غير كافية لتنتقل إليه، طالما لم يكن مسيطرا على القوة الدافعة للعربة ومتحكما في معادلتها. والموطن مناسب لمعالجة التعويض من خلال نظام الخطإ الفادح غير المبرر للمتضرر غير السائق[1153].

**324.** وتبسط المسألة كذلك عندما ينقذف السائق بفرط اصطدام عنيف خارجا عن سيارته أو عندما يسقط عن دراجته النارية. ويجدر إعمال المعيار السابق، واعتبار الانفصال عن العربة ذات المحرك سبيلا لاكتساب صفة المتضرر العادي وافتقاد صفة السائق آليا. ولا فائدة في إرساء حلول القضاء الفرنسي التي استلهمها بتطبيق الفاصل الزماني والفاصل المكاني بين السقوط والضرر[1154]. فإذا كان موطن الإصابة الثانية أو زمنها بعيدا عن موطن سقوط المتضرر، لم يخضع لنظام التعويض للسائق. أما إذا تزامنا وحصلا في منطقة جغرافية متاخمة، فإنه لا يفقد صفة السائق ويتبع نظامه القانوني في التعويض. ولاوجاهة في أن يتمادى القضاء الفرنسي في هذه الفوارق القائمة على الارتباط الزمني بين الحادث والسقوط، فهي تمنع الحل القانوني من الالتفاف حول نواة

1151 Cass. civ. 2éme 29 juin 2000, JCP G 2001, I, 10571, note D. Bailloeuil.

1152 Cass.civ. 2éme 31 mai 2000, JCP G 2001, **10577,** note C. Butruille-Cardew.

1153 أو الخطإ غير المغتفرسبب الحادث الوحيد في القانون الفرنسي.

Ch. Rade, art. préc,p.46

1154 V. en ce sens, Ch. Rade, op.cit.



سلبية[1155]. وتتنافى مع وجود الاتجاه الموضوعي في القانون، وتنقلب إلى "تضحية مضاعفة" بالمتضرر السائق، بتعريف متسع ونظام تعويض مصطبغ بالتقتير، تراجع إلى النظرية الذاتية، مما يبرر تحويل نظام المتضررين إلى وضع أفضل بنقلهم من أحكام السائقين إلى أحكام المتضررين العاديين. ويرى الاتجاه الغالب أن مجرد السقوط من الدراجة أو الاندفاع من العربة يؤديان إلى فقدان الملامسة للمقود أو عجلة القيادة. وهو معيارموضوعي[1156]، يصبح بمقتضاه من كان سائقا منذ حين متضررا راجلا يخضع في تعويضه لنظام غير السائق. ويبرز هذا النقاش في الحوادث المتسلسلة.

**325.** وهناك اتجاه ثان يرى في تتابع الحوادث الذي أدى إلى خروج السائقين عن عرباتهم بشكل عنيف، حادثا واحدا، أي حادثا إجماليا، إذا كان الضرر اللاحق بالسائق متزامنا مع الاصطدامات المتتالية. ومع وجود مصاعب تتعلق بإثبات صفة السائق، وضع القضاء الفرنسي قرينة تفيد أن كل متضرر لا يعدّ سائقا وعلى من يدعي عكس ذلك تحمل عبء الإثبات. وأدت هذه القرينة إلى القبول بحوادث مرور بدون سائق[1157].

**326.** يحرم السائق في القانون التونسي من التعويض، بحسب نسبة مسؤوليته. وتحدد هذه المسؤولية وفق جداول تدعو من أدبر ليقبل على مراجعة التعريف البديهي الذي يجعل القاعدة القانونية التشريعية قاعدة مكتوبة ومجردة،

1155 إذ نفى صفة السائق كلما غادر من جراء الحادث عربته وبقي محركها بحالة اشتغال Cass. 2ème civ., 18 févr. 2010, G.P., 2010, p.9, obs. M. Mekki. La victime heurtée par une voiture alors qu'elle sortait de son propre véhicule dont le moteur était encore en marche reste un conducteur au sens de la loi du 5 juillet 1985.

1156 M. Mekki, obs. précit. ; G. Viney et P. Jourdain, Les conditions…, op. cit., n° 1025, p. 1310 ; Ph. Brun,op.cit.n° 676, p. 446..

1157 انظر ماسبق ذكره في خصوص علاقة الجزائي بالمدني، فقرة 55.

لتنقلب رسوما تذكر بمعارض الفن التشكيلي. ثم إنها لا تعد سوى صورة لمصالحات وضعتها شركات التأمين لتلزم بها القضاء، وهو تدخل في دور القاضي، لأنه يبقى في الأساس صاحب التقدير للمسؤولية في كل حادث. ويتأثر مقدار التعويض الذي يأمله السائق بنسبة مسؤوليته، فيكون محروما جزئيا أو كليا من التعويض. مسألة الحرمان الجزئي تحدد في القانون التونسي بمقارنة المسؤولية المحمولة على السائق الآخر، أمّا الحرمان الكلي فإنه يتحقق عندما يكون السائق المتحمل لمسؤولية الحادث برمتها. والمؤسف أن ذلك يتقرر على أساس تلك الجداول المقررة بالقانون، وفيه ازدواج طريف بين قانون التعويض وفنون الرسوم الثابتة لصور الحوادث. وينهي الفصل 123 هذا النظام المأساوي للسائق بقاعدة عادت بالقانون التونسي إلى عصور قديمة، وألغت أحكام التضامن في الفصلين 108 و109، التي جاءت بها المجلة سابقة عن غيرها من المجلات والقرارات القضائية المنشئة لها. فعند استحالة البت في تحديد مسؤولية الحادث يتم التنصيف بين السائقين.

**327**. وكان الأجدر، بما أن الأمر يقوم على ضمان حقوق المتضررين في الحوادث، عدم التفرقة بين السائق وغير السائق، أو على الأقل ربط تحديد التعويض أو الحرمان منه بالخطأ غير المغتفر أو الفادح للسائق، دون التدحرج نحو تجزئة المسؤولية في الحادث.

القضاء الفرنسي اهتدى بعد جدال بين دوائره إلى تفسير ينسجم مع مسلمات قانون حوادث السير، ليقيم، وفق صيغة الفصل الرابع، التعويض الكامل أو الحرمان الجزئي أو الكلي منه على خطإ السائق المرتبط مع ضرره، دون الذي يرتبط مع مسؤوليته في الحادث. ومفاد ذلك أنه عندما يكون خطأ السائق السبب الوحيد في الحادث، في حين أن ضرره ينسب إلى أخطاء



السائقين الآخرين المتدخلين في الحادث، فإنه لا يحرم من التعويض، ويحق له الحصول على البعض منه[1158] . " لكل سائق الحق في التعويض عن الأضرار اللاحقة به مباشرة أو بالتبعية إلاّ إذا اقترف خطأ ساهم في حصول الأضرار اللاحقة به. ويبقى ذلك الخطأ وأثره في تحديد التعويض خاضعا لتقدير قضاء الأصل". هذا الموقف ينكب أولا على خطأ السائق لوحده، بدون أن يقارن أو أن يقيم بالنظر إلى السائق أو السائقين المقابلين، و لذلك لم يذكر القرار الفرنسي الخطأ المرتبط بالحادث، بل المرتبط بضرر السائق. وترك تقدير أثره على تحديد التعويض أو الحرمان منه لقضاء الأصل.

وحدد القضاء الفرنسي الخطأ الحاسم الذي يؤثر على التعويض بالحدّ أو بالإلغاء، فاعتبر أن السائق الذي يقود في حالة سكر وتحت تأثير المخدرات يحرم من التعويض بدون التفات إلى سلوك السائق المتدخل في الحادث[1159].

لم يحقق قانون 15 أوت 2005 تحسينا لوضع ضحايا حوادث السير، بشتى أصنافهم. ويزداد الانطباع سلبية بجداول تقدير الأضرار المحددة مسبقا، وفق مصالح مالية لشركات التأمين، جعلت من أفكار **تنك** غطاء يقيها واجب التعويض الكامل، ويمكنها من إنعاش موازناتها. وقد تجنبت الرجوع بينها توفيرا لكلفة التداعي بفضل الإتفاقية التي جاء ذكرها بالفصلين 149

---

[1158] Ch. mixte, 28 mars 1997, Bull. ch. mixte, n° 1, D. 1997, p. 294, note H. Groutel; J.C.P. 1997, I, 4025, n° 24, obs. Viney; R.T.D.Civ. 1997, p. 681, obs. P. Jourdain. D. 1997, somm. p. 291. obs. D. Mazeaud. Gaz. Pal., 3 oct. 1997, obs. F. Chabas. « chaque conducteur a droit à l'indemnisation des dommages qu'il a subis directement ou par ricochet sauf s'il a commis une faute ayant contribuer à la réalisation de son préjudice ; qu'il appartient alors au juge d'apprécier *souverainement* si cette faute a pour effet de limiter l'indemnisation ou de l'exclure »

[1159] Cass. civil 2ème 13 octobre 2005, Dalloz 2006, p.425.

و 151[1160]. وقد رأى إتجاه قضائي لدى محكمة التعقيب أن القيام لا يكون إلا ضدّ شركة التأمين المطالبة بعرض الصلح، وأنه " ولئن كان المرور بالتسوية الصلحية أمرا اختياريا بالنسبة للمتضرر إلا أنه لا يمكن لهذا الأخير القيام قضائيا إلا ضد المؤمن الذي كان بإمكانه إجراء الصلح معه"[1161]. وهذا الموقف يعزز مجددا موقف شركات التأمين ويوفر لها مصاريف التداعي بينها، والحال أن قانون حوادث السير في القانون المقارن يهدف إلى توسعة عدد شركات الضمان فيها، لتتقاسم عبء التعويض، فيخف حمله بتوزيعه على أقصى عدد ممكن منها. أفلا يكفي أن هذا القانون قد نزل بالتعويض إلى أدناه، وكأنه مناقصة على ثمن الإصابات والجراح، حتى يلزم المتضرر بالتداعي قسرا ضدّ شركة تأمين قد لا تكون مليئة، أو يستهويها عمليا التباطؤ في الأداء والمماطلة فيه حتى تكون المضاربة مثالية؟

ازدهار مالي، على حساب الحق في التعويض اللصيق بكرامة الانسان.

وشتان بين القوانين المقارنة التي تسير بصدق نحو الاقتراب من تحسين التعويض للضحايا وتبذل جهدا صادقا في ذلك، وبين قانون فرّق بين الشعار والحقيقة. ولايستقيم القانون إلا بنسخ الفصل 121 م. ت. وترتيب جداول المسؤولية والتعويض على رفوف النسيان.

أليس الصبح بقريب؟

[1160] لا يجوز للمتضرر أو لمن يؤول إليهم الحق عند الوفاة القيام بدعوى قضائية إلا ضدّ المؤمن الملزم بتقديم عرض التسوية الصلحية وفقا لأحكام الإتفاقية المشار إليها بالفصل 149 من هذه المجلة.

[1161] تعقيبي مدني عدد 25153 في 12 جويلية 2008، غير منشور.





327. تقدم هذه المسؤولية كاستثناء لمبدأ المسؤولية التقصيرية الشخصية، إلا أنه بداية من القرن العشرين، لم يصبح هذا النظام خارجا عن أسس المسؤولية المدنية[1162]. ولكنها أصبحت من مسلمات التبعة وانعكاسا للتطور الصناعي، وذلك في القانون التونسي، وغيره من الأنظمة التي تولّت بسط قواعد خاصة تنظم حالات خاصّة لهذه المسؤولية. ولا يصدق هذا التصور في أنظمة أخرى، بوّأت هذا الصنف من المسؤولية مركز المبدأ العام من مبادئ المسؤولية عن فعل الغير.

328. فاستقراء الأنظمة المقارنة يري موقفين من هذه المسؤولية، موقفا أولا سنّ قاعدة عامة لهذه المسؤولية، كشأن القانون الألماني[1163] ومن تأثربه، مثل القوانين اليونانية والمصرية والسورية[1164]، وموقفا آخر عدّد الحالات التي تترتب فيها المسؤولية عن فعل الغير. ويشهد على ذلك القانون الفرنسي سنة 1804 عندما أحصى بعض الحالات انطلاقا من الفصل 1384 ف. 4. وينطبق هذا التصوّر على القانون التونسي الذي حصر بعض الحالات التي تقوم فيها هذه المسؤولية، وهو النمط المتبع من القوانين المغربية والجزائرية.

[1162] Planiol. Etudes sur la responsabilité civile. Revue critique législation et jurisprudence, 1909, p. 282.

[1163] Art, 831, BGB, celui qui prépose un autre à une fonction est tenu à réparer le dommage que cet autre cause illégalement à un tiers dans l'exécution de sa fonction.

[1164] Hadi Slim, Recherches sur la responsabilité du fait d'autrui en droit comparé, in La responsabilité du fait d'autrui, actualité et évolution, Colloque organisé par le Centre de Droit de la Responsabilité du Maine, responsa-bilité civile et assurances, n° spécial, nov2000, p.52.

ويمكن ترتيب الأنظمة المقارنة من زاوية أخرى، زاوية العلاقة بين المسؤول بالشخص الذي يسأل عن فعله. فهناك أنظمة تقتصرعلى العلاقة الاقتصادية، مثل القوانين الإنجليزية التي تتأسس على التبعية الاقتصادية، لتصرف النظرعن معيار السلطة التي يمارسها شخص على آخر. فنرى أن النظامين الأنجليزي والأمريكي لا يرتبان مسؤولية الوالدين عن فعل الأطفال، بل يعتبرانها مسؤولية شخصية[1165]. في حين أن أنظمة أخرى شدّت اهتمامها للسلطة التي تمارس من المسؤول، وفيها يحشر القانون الفرنسي ومن سار في ركابه مثل القوانين التونسية والمغربية والسنيغالية واللبنانية، فنلمس تنظيما لمسؤولية الوالدين عن فعل الأطفال أو الأبناء القصر. ويختلف نطاق هذه السلطة من قانون إلى آخر، فالقانون المصري مثلا يلزم الزوج في الفصل 173 ف. 2 بتحمل المسؤولية عن فعل زوجته القاصرة[1166].

**329.** القانون التونسي لم يتخذ قاعدة عامة في المسؤولية عن فعل الغير. واكتفى بحالات عددها الفصل 93 جديد والفصل 93 مكرر، وتتعلق بمسؤولية الوالدين عن فعل الأطفال، وأرباب الصنائع عن فعل المتدربين، والمعلم عن فعل التلاميذ، ومراقبي المختبلين عن أفعال هؤلاء. ويقابله في القانون المقارن الفصل 85 مكرر من الظهير المغربي والفصول 125 إلى 128 من قانون الالتزامات اللبناني، وقد ذكرت حصريًا الحالات التي تقوم فيها المسؤولية عن فعل الغير.

[1165] Hadi Slim, art, préc. n° 12, p. 54.

[1166] يمكن كذلك إضافة ترتيب أخر يميز بين انظمة تقبل بالمسؤولية عن فعل الغير للأشخاص الطبيعيين فقط، وأخرى تضيف إليها الذوات المعنوية مثل القانون التونسي و البلجيكي واليوناني والمغربي (سليم. المقال السابق، ف. 4).



**330.** وما يشد الانتباه في القانون التونسي عدم وجود قاعدة تضبط مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه، إلا في حالة تسبب التابع في حادث مرور[1167]، ولم يتول المشرع ربء هذا الصدع في المناسبات التي نقحت فيها مجلة الالتزامات والعقود. والبداية تنطلق من مشروع المجلة في حد ذاته، فقد كان يبسط في الفصل 101 من المشروع نظاما لمسؤولية المتبوع عن فعل تابعه[1168]، إلا أن المجلة صدرت دون الصورة التي رسمها المشروع، فورد الفصل 93 متعرّضا لحالة وحيدة للمسؤولية عن فعل الغير، وهي التي تقوم على الوالدين الذين توكل لهم مراقبة المختبلين عقليا.

ولم يتم اعتماد مسؤولية المتبوع إلا في سنة 1914، عندما صدرت مجلة الطرقات في 15 سبتمبر 1914، فاقتضى الفصل 103 منها قيام تلك المسؤولية عند تسبب التابع في أضرار تحصل عند سياقة عربة المتبوع. وبقي الأمر على ما هوعليه في الفصل 263 من مجلة الطرقات الصادرة بعد الاستقلال في 30 جوان 1957، وكذلك الشأن في الفصل 267 في نفس المجلة المنقحة في 24 ديسمبر 1964، وتمادى الأمر في الفصل 117 في المجلة بعد تنقيحها في جويلية 2000.

وكان بالإمكان تدارك هذا النقصان في المحطات التي راجع فيها المشرع نصوص المجلة، فعندما تمّ تنقيح الظهير المغربي سنة 1929، أقحم الفصل 85 حكم مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه، إلا أن المشرع التونسي لم يحرك ساكنا في جويلية 1937، ليبقى الأمر على ما هو عليه مكتفيا بترتيب

[1167] De Lagrange (E), La responsabilité du commettant du fait de son prépose et l'article 267 du code de la route, R. T. D. 1966-1967, p. 9 s.

[1168] الفصل 101 من مشروع سانتينا موضع قاعدة في مسؤولية المتبوع عن فعل التابع ، دولاقرانج. المقال السابق ص. 10.

مسؤولية الوالدين عن فعل الأبناء القصر. وتجددت المناسبة سنة 1995، عندما أعاد المشرع النظر في هذا النظام ونقح أحكامه، إلا أنه خيّر أيضا ترك ما كان على ما كان، رغم ميل الفقه إلى عدم الاقتصار على حادث السير كشرط لقيام تلك المسؤولية. فما الداعي إلى تمييز المتضرر من حادث السير عن المتضرر في المنشأة أو في النشاط الفلاحي من فعل التابع[1169]؟

**331.** وقد يكون القانون المقارن شاهدا هو الآخر على نقصان نظام المسؤولية عن فعل الغير. فالقانون الفرنسي بدأ نظاما يحصي حصرا حالات تلك المسؤولية. ولكنه غادر ذلك التصنيف التقليدي[1170]، ليرسي مبدأ عاما فيها، بفضل قراءة جديدة للفصل 1384 ف 1 الذي يرتب المسؤولية عن فعل الأشياء وعن فعل الأشخاص. فكان قرار الزوجين بليك Les époux BLIECK [1171] حجرا أساسيا لهذه الرؤية الجديدة، وأنشأ مبدأ عاما يخرج عن التعداد الضيق الذي اتسم به قبل القرار، ليمكن من مساءلة كل من كانت له مهمة مراقبة شخص معين.

ولم يشذّ القانون التونسي عن وضعية الأنظمة التي تعد حالات المسؤولية عن فعل الغير دون أن تتوسع فيها، وهي مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه (مبحث أول)، ومسؤولية الوالدين عن فعل الأطفال (مبحث ثان)،

[1169] نفس المصدر. ص. 19.

[1170] بإشارات فقهية سابقة، ساندت توسيع نطاق تلك المسؤولية، منذ قرار Jand'heur R. Savatier, La responsabilité du fait des choses que l'on a sous sa garde a-t-elle pour pendant une responsabilité générale du fait des personnes dont on droit répondre ? D.H.1933, chr, p.81. R. Legeais, Un article à surprise, ou le nouvel essai de généraliser la responsabilité du fait d'autrui ; D.1965.5.p.131.

[1171] Assemblée plénière 29 mars 1991. D.1991, 324, note Larroumet, J.C.P. 1991, II, 21673 concl. Dontenville, note Ghestin, R.T.D..Civ. 1991, 541, obs. Jourdain, G.P.1992, 2.513, note Chabas.



ومسؤولية أرباب الصنائع عن فعل المتدربين (مبحث ثالث)، والمسؤولية عن فعل المختبلين عقليا (مبحث رابع)، ومسؤولية المعلمين عن فعل التلاميذ (مبحث خامس).

ولا يمكن الجزم بأن هذه القرائن تقوم على الخطأ[1172] في الاختيار والمراقبة وممارسة السلطة. فهي تخضع لقواعد تختلف من حالة إلى أخرى، وهو ما يمكن التأكد منه عند التعرض إليها.

## المبحث الأول : مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه

### La responsabilité du commettant du fait de son préposé

**332.** مرّ بنا أن القانون التونسي، على خلاف أنظمة أخرى، لم يضع قاعدة عامة لهذه المسؤولية، وبقي منقوصا مقارنة بها. ويعزى هذا النقصان حسب بعض الفقهاء[1173] إلى تأثير الفقه الإسلامي على المجلة، وهو الذي يأبى قيام المسؤولية عن فعل الغير، وفقا للآية الكريمة التي تعدد ذكرها في القرآن: "ولا تزر وازرة وزر أخرى".

ولا تنهض هذه الحجة لتبرير هذا النقصان، لأن تلك الآية تعرضت إلى المسؤولية في الآخرة. ولم تتعلق قط بالمسؤولية المدنية، وإن أمكن توظيفها لتبرير مبدأ شخصية العقوبة في القانون الجزائي، فإن سحبها على المسؤولية المدنية فيه نظر. فالفقه الإسلامي قبل بالمسؤولية عن فعل الغير[1174]، وعديد

[1172] Flour et Alii, n°187, p. 218.

[1173] دولاقرانج. المقال السابق، ص 18. محمد الشرفي محاضرات في المسؤولية للسنة الثانية 1972. 73 تونس.
Samaran, De la responsabilité du fait d'autrui en droit tunisien, R.T.D. 1956, p.11s.

[1174] Tyan,th. précité.

البلدان الإسلامية التي تأثر قانونها المدني من بعيد أو قريب بالشريعة الإسلامية، لم تهمل مسؤولية المتبوع عن فعل التابع، ولم تبخسها حقها في التقنين مثل القانون المصري[1175]، والمجلة السورية والليبية اللتين تأثرتا به. بل إن القانون المغربي الذي استلهم كامل أحكام الظهير من مجلة الالتزامات والعقود، تدارك الثلمة، وخصّص لمسؤولية المتبوع قاعدة خاصة به في الفصل85. ثم إن توحيد قانون المعاملات للدول العربية تعرض لها في الفصل 286 منه وخصص لها أحكاما.

**332.** مجلة الالتزامات والعقود رغما عن ذلك أرست قاعدة في المسؤولية التعاقدية عن فعل الغير. الفصل 245 م إ ع نص" أن المدين مسؤول بما يصدر من نائبه وغيره ممن استعان بهم على إجراء الالتزام كما لو صدر ذلك منه. وله عليهم الرجوع حيث يجب قانونا". في حين أن هذه القاعدة مفقودة نصا في بعض الأنظمة الأخرى مثل القانون الفرنسي[1176]. وقد انبرى القضاء في بعض مواقفه ليبسط أحكام الفصل 245 م إ ع على المسؤولية التقصيرية ليوسّع من الحالات التي ذكرها الفصل 93 قديم. وتوخّى تبعا لذلك المنهج القياسي. ونلمس ذلك خاصة لدى قضاء الأصل. ولم تعطل نصوص المجلة صراحة هذا المنهج. فالقانون اللبناني مثلا ــ بعد أن تولى التأكيد على الطابع الحصري للمسؤولين عن فعل الغير في الفصل125 ــ منع في الفصل 128 التطرق إلى أية حالة لم يذكرها القانون، إلا إذا استندت المسؤولية على الخطأ

[1175] الصدّة، ف. 503، ص .544.

[1176] G. Viney : Existe-t-il une responsabilité contractuelle du fait d'autrui, in Colloque sur la responsabilité du fait d'autrui, précité, p. 31.
في حين أن عديد المجلات تقبل بهذا المبدأ في المسؤولية التعاقدية عن فعل الغير مثل الفصلين 101 من المجلة السويسرية و278 من المجلة الألمانية.



الشخصي[1177]، ونهى عن القياس بقصد التوسع في حالاتها. ولا نرى صيغة مماثلة في القانون التونسي. ولا نشاطر ما ذهبت إليه الأستاذة دولافرانج من أن المجلة التزمت قطعا البعد الأخلاقي والذاتي للمسؤولية، فهي وضعت مبدأ في الفصل 554 م إ ع يقوم على الضمان. ولا تعدّ مسؤولية المتبوع خارجة عن هذا السياق.

**333.** وتبعا لذلك كان للقضاء أن يمدّ من نطاق مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه باعتماد الفصل 245 م إ ع، لأن المشرع نوى من خلال تلك القاعدة ــ مع قبول القضاء بمبدأ الخيار ــ اعتماد حكم عام في المسؤولية التقصيرية، أضف إلى ذلك أن الفصل 117 الحالي ــ وما سبقه من نصوص ــ يعد فصلا جاء من باب العدّ دون الحصر. ولكن محكمة التعقيب تصدت لهذا الاتجاه، وغلبت التفسير المقيّد للنص، لتترك جانبا أي ميل للقياس. فالفصل 93 م إ ع: "جاء بالعدّ والحصر محدّدا للأشخاص المسؤولين مبدئيا عن فعل الغير، **ولا يجوز القياس** لتحميل المستأجرين مسؤولية الأجراء، لأن سكوت المشرع يقصد منه إعفاؤه من تلك المسؤولية"[1178]. وبذلك فإن القضاء أغلق نهائيا كل تفسير يشمل حالات لم تذكرها النصوص الخاصة بالمسؤولية عن فعل الغير. وينطبق تبعا لذلك حكم الفصل 540 م إ ع: "ما به قيد أو استثناء من القوانين العمومية أو غيرها لا يتجاوز القدر المحضور مدّة وصورة".

[1177] الفصل 128 موجبات لبناني: "ويمكن، حتّى في غير الأحوال المتقدم ذكرها، أن يكون احد الأشخاص مسؤولا عن عمل شخص آخر، ولكن بشرط أن يثبت عليه ارتكاب خطأ معين لا أن يكون مسؤولا على وجه محتّم، فلا يكون إذاك مسؤولا عن عمل غيره، بل عن خطئه الخاص".

[1178] تعقيبي مدني عدد 1396 ديسمبر 1962 م. ق. ت. 1963 ، ص. 67 .
R.T.D. 1962, p.113 note Cabrillac.
ويتلاقى القانون التونسي حول هذه المسألة مع القانون العراقي الذي لا يعرف مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه وفقا للفصل 219 من المجلة المدنية العراقية.

وجاءت المحاولة مجددا هذه المرة من محكمة التعقيب[1179]، في اعتماد الفصل 245 من م ! ع لترتيب مسؤولية تقصيرية عن فعل الغير. فقد طوعت أحكام هذا الفصل لينطبق لصالح متضررين لا تربطهم بالمتبوع أية علاقة تعاقدية، وبدوا أجانب عن العقد.

ولكن القضاء الفرنسي توخى سبيلا آخر، انتهى به إلى إقامة مبدأ عام في المسؤولية التعاقديّة انطلاقا من نصوص خاصة، بفضل القياس. كما أنه أرسى مبدأ عاما في المسؤولية التقصيرية انطلاقا من نصوص خاصة والفصل 1384 ف.1. الذي بقي البعض من صيغته[1180] مهجورا حقبة طويلة من الزمن.

وللوقوف على أحكام هذه المسؤولية ستتمّ دراسة شروط مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه **(فقرة أولى)**، ثم نظام تلك المسؤولية **(فقرة ثانية)**.

### الفقرة الأولى: شروط مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه

تقتضي تلك المسؤولية اجتماع ثلاثة شروط: علاقة التبعية **(أ)**، وحادث المرور **(ب)**، وعلاقته بالوظيفة **(ج)**.

#### أ ــ علاقة التبعية: Le lien de préposition

**334.** تعني علاقة التبعية خضوع التابع للمتبوع وقيام ارتباط بينهما يتّسم بسلطة الثاني على الأول. وتحدّد بمعيار قانوني يفيد أن التبعية تقوم على

[1179] Civ, 1 juillet 1976, RTD, 1978, II, p 79, note, M. Zine.

[1180] لا يتقاسمه إلا مع القانون السينغالي والقانون الملغاشي، في حين أن القضاء البلجيكي أعرض عن اتباع قرار Blieck ، عندما سنحت له الفرصة لذلك.
Cass. Belge 19 juin 1997, G.P.1998, 2, p.580, Concl.av. général Piret.



تنفيذ الوظيفة واحترام الخطة والانصياع للأوامر[1181]. وتحدد أيضا بمعيار اقتصادي أكثر ضيقا من المعيار الأول، يقيم علاقة التبعية بمجرد الخضوع المادي للمتبوع، وحصول التابع على أجرة مقابل الائتمار بالأوامر وتنفيذ الأعمال. وتقترن العلاقة بعقد الشغل كما ينظمه الفصل 6 من م. ش، وهو اتفاق يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين، ويسمّى عاملا وأجيرا، بتقديم خدماته للطرف الآخر ويسمّى مؤجرا، وذلك تحت إدارة ومراقبة هذا الأخير ومقابل أجر مادي.

**335.** وقد تكون العلاقة الاقتصادية قصيرة وعرضية لا تمتد في الزمن، و تقوم في حيّز زمني ضيق يقوم فيها التابع العرضي بأعمال المتبوع عرضيا. ويبقى المعيار القانوني أكثر اتساعا، لأن عقد الشغل لا يّستوعب تعريف علاقة التبعية. فقد برزت في الأنماط الحديثة لنظام الشركات والمنشآت ما يتعدّى الصورة التقليدية في تعريف التبعية[1182]. فكثيرا ما يكون التابع ذا كفاءة تتجاوز كفاءة المتبوع، مثل الأطباء وخبراء التصرف وأهل الاختصاص بشتّى فروعه في إدارة المؤسسات. هؤلاء مستقلون علميا من الناحية المهنية بفضل امتداد حقل معارفهم، ولكنهم مع ذلك ينضوون تحت وظيفة ترسم غاياتها وسبلها المصحة المؤجرة أو الشركة المنتدبة، ويلتزمون قانونا بتنفيذها[1183]. وبذلك فإن إصدار التعليمات وحده كاف لإقامة التبعية، حتى وإن لم يرتبط بدقائق تنفيذ العمل[1184]. ومن تطبيقات ذلك ، اعتبار الأطباء تابعين للمصحة رغما عن

[1181] مثلا تعقيبي مدني عدد 16271 مؤرخ في 19 جانفي 2008، ن. ج.ا، ص.367: يشترط لقيام العلاقة الشغلية توفر عنصر التبعية، ويعني بذلك الإدارة والإشراف المباشر من المؤجر على الأجير فيما يتعلق بنوعية خدماته وسلطته، فالرقابة على كيفية تنفيذ العمل مع وجوب احترام الأجير للتوقيت الذي يضبطه المؤجر مقابل أجر.

[1182] H. Slim, art préc, n°5, p.53.

[1183] Obs. Jourdain, R.T.D.civ. 1993, p.137, égalt R.T.D. civ. 1996, p.636.

[1184] Hadi Slim, art, préc,
ويستشهد ببعض القوانين التي أقرت بتلك القاعدة، مثل الفصل 221 ف 1 من النظرية العامة للالتزامات في مدغشقر، الذي يعتبر تابعا" كل من يتصرف باسم شخص ولحسابه بقصد القيام

خصوصية تكوينهم المهني، لوجود سلطة التوجيه والإشراف عندها . فأكدت محكمة التعقيب أن الاستقلالية العلمية لا تنفي الخضوع القانوني[1185]، فإلزامهم باحترام توقيت العمل يضفي عليهم صفة التابعين، رغما عن فقدان المصحة كل قدرة على توجيه الطبيب في عمله. وهو ما نلمسه في القضاء الفرنسي المدني[1186]، أو الجزائي[1187].

**336.** أمّا الطبيب المبنّج فإنه يعد مستقلا عن رئيس الفريق الجراحي إذا ما تعاقد مع المريض. أما إذا اختاره الجراح نفسه، فإنه لا يعد تابعا له بل مساعدا، لأن أصول الطبّ تنفي التبعية بين الأطباء. ولا ينفي هذا قيام مسؤولية تعاقدية عن فعل الغير[1188].

ولذلك فإن التأكد من وجود العلاقة مسألة ضرورية. وتبسط إشكال تقدير انتقال السلطة بين بعض المتبوعين. فعندما تستعمل مؤسسة أجراء انتدبتهم من

بخطة كلفه بها". ويتضح الفرق مع عقد الإجارة على الصنع، إذ يكون فيه المقاول مستقلا عن رب العمل.

Flour, Aubert et Savaux, n°210, p.247.

ويمكن للعلاقة أيضا أن تكون فعلية دون أن ترتقي إلى علاقة قانونية. فالذي يلتمس من شخص صديق أو قريب القيام بعمل ما كأن يتولى السياقة به يعتبر رغما عن علاقة المجاملة قد مارس سلطة ظرفية تقلب العلاقة إلى وشائج تابع ومتبوع. نفس المصدر. ف.211 .ص. .202 ، والمراجع العديدة في القضاء الفرنسي. كما أن عقد الوكالة ينقلب إلى علاقة تبعية عندما يدقق الوكيل أوامره للوكيل في تنفيذ وكالته. نفس المصدر.

1185 تعقيبي مدني عدد 7531 مؤرخ في 3 فيفري 2007، مجلة القضاء والتشريع 2007 عدد 4، ص. 171:"لايخضع الطبيب في مباشرة أعماله لأية تبعية علمية لمؤجره صاحب المصحة لكنه يكون خاضعا له إداريا وقانونيا سواء فيما يتعلق بتوقيت العمل أو بنظامه داخل المصحة التي يعمل بها مستعملا المعدات والتجهيزات الموضوعة على ذمته من طرف المؤجر".

1186 Civ 1ère, 26 mai 1999, J.C.P. 1999, n°10112.

وكذلك الشأن بالنسبة للقابلة التي يكلفها طبيب التوليد بالقيام ببعض الأعمال كمراقبة المرأة الحامل، فهي تصبح تابعة له رغما عن استقلال قواعد عملها. Crim. 17 décembre 1983. B. n°342 ويعتبر مدرب الجواد متبوعا لمالكه.

1187 Crim. 5 mars 1992, B. crim. n° 101.

1188 Radé, La responsabilité médicale du fait d'autrui, Etudes Juridiques, 2004, p.57s. Viney et Jourdain, Les conditions, n°825, p. 923.



مؤسسة تتوسّط في تشغيل اليد العاملة، فهل إن المسؤولية تلقى — عند فعل التابع — على كاهل الشركة التي تستخدمهم أم على التي قامت بانتدابهم[1189]؟

**337.** تعرضت مجلة الشغل في الفصل 28 إلى 30 إلى مؤسسات اليد العاملة. ونص الفصل 28:" عندما يتعاقد رئيس مؤسسة صناعية أو تجارية لتنفيذ بعض الخدمات أو تقديم بعض المصالح مع مقاول ينتدب لنفسه اليد العاملة اللازمة، فهو يتحمل في الصور الآتية، وبقطع النظر عن جميع الشروط المخالفة المسؤوليات المبيّنة فيما بعد:

**إذا كان إنجاز الأشغال أو تنفيذ الخدمات في مؤسسة أو في توابعها فهو يجبر حوادث والتكاليف الناشئة عن أنظمة الحيطة الاجتماعية".** النص يحمي العامل في خصوص الأضرار التي تلحقه، ويحقق له تغطية اجتماعية. ولكنه لم يتعرض إلى المسؤولية المدنية عن فعل المتبوع[1190]. ويستخلص مبدئيا أن العامل يتبع المؤسسة التي يخضع لها ولسلطاتها وينصاع لأوامرها. ولا يتعارض هذا مع وجود تنظيم اتفاقي يضبط من يتحمل المسؤولية بوصفه متبوعا[1191]، ويستخلص ذلك من بنود العقد.

**338.** وللقانون المقارن حلول واضحة في خصوص ممارسة السلطة بين المتبوع العرضي Commettant occasionnel والمتبوع الأصلي، كشأن القانون الهولاندي الذي يلزم في الفصل 170 المتبوعين العرضيين بالتعويض

1189 F.Gaudu, La responsabilité du prêteur de main d'œuvre, Chr. D. 1996, p. 298.

1190 عصام الأحمر، إشكالات في نزاعات الشغل، الحلول القانونية والاجتهادات القضائية، سيفاد، 2008، ص.116.

1191 Flour, Aubert et Savaux, Le fait juridique, n°212, p. 250.

عن فعل التابع، خلافا للنظم الألمانية والإنجليزية[1192] و الفرنسية[1193]، التي تلقي المسؤولية على عاتق المتبوع الأصلي.

ولا ينفي هذا تعدد المتبوعين، رغما عن أن الفرضية لا ترد دائما لخضوع المتبوع لسلطات متعددة ومجتمعة[1194]، كأن يكون راع تابعا لأصحاب قطعان عديدين.

**339.** ولا يفي المعياران الاقتصادي والقانوني تعريف التبعية حقه. فهناك معايير أخرى اقترحها الفقه الذي اكتفى بأن يكون التابع قد تصرف باسم المتبوع agir pour autrui ولمصلحته، وفقا لفقه قضاء بلغت به المرونة إلى أن ترك وراء ظهره معيار الخضوع[1195]. ويلمس هذا التحول في القوانين الاسكندنافية والانجلوسكسونية. فقد تجاوزت معيار "المراقبة" التي يمارسها المتبوع، لتقبل بوجود علاقة التبعية كلما تم إدماج التابع في منظومة النشاط الذي يمارسه المتبوع[1196]، دونما توقف على القدرة على المراقبة. فالعلاقات الاقتصادية نحت نحو تفوّق الخادم خبرة وكفاءة على مخدومه، ونحو تراجع تلك الكفاءة لدى الثاني بالنظر إلى ما للأول من قدم صدق فيها[1197].

ولا يؤدي قيام التبعية لوحده إلى ترتيب المسؤولية عن فعل المتبوع إذ لا مناص من تسببه في حادث مرور.

---

[1192] H. Slim, art. préc. n°6, p.53.
[1193] Viney et Jourdain, op. cit., n°800. p. 996.
[1194] Civ.2, 9 février 1967, G.P.1967, I, 224, RTD.civ. 1967, 634, obs. Durry.
[1195] Viney et Jourdain, op.cit. n°792, p. 980.
[1196] Gyula Eörsi, Private and governamental liability for torts of employees and organs, vol XI: Internationnal Ency plopedia of comparative law, chap.4. cité par Viney et Jourdain , op.cit., n°791, p. 975.
[1197] ليتم التفريق بين عقد الخدمات contract of service والتعاقد لتقديم الخدمات contract for service الأول يقحم ما يقدمه التابع تماما في نشاط المتبوع، بينما لا تحصل هذه النتيجة في العلاقة الثانية، Hédi Slim,art.préc. n°8 p.54.



## ب ــ حادث مرور

**340.** هذا الشرط خاص بالقانون التونسي، لأن القوانين الأخرى تربط مساءلة المتبوع بالخطأ أو الفعل الصادر عن التابع. وهي بذلك أشمل من النظام التونسي وأكثر اتساعا. ولها استجابة لخصوصية هذا الصنف من المسؤولية في تعزيز حظ المتضرر في التعويض. ولم يعنّ للمشرع التخلص من هذا القيد، بل نراه استبقاه في كل التنقيحات التي وردت سواء على المجلة أو على مجلة الطرقات، وآخرها التنقيح المؤرخ في 26 جويلية 1999، إذ أصبح الفصل 117 موطن المسؤولية عن فعل المتبوع، ينص: "بقطع النظر عن الحالات المنصوص عليها بمجلة الالتزامات والعقود، فإن المتبوع يضمن الأضرار التي يتسبب فيها التابع أثناء مباشرته لعمله في حادث مرور". ويتمادى الأمر أيضا مع قانون 15 أوت 2005، ليجمع، في حالة حادث مرور، بين نظامه الخاص ونظام المسؤولية عن فعل المتبوع[1198].

وقد زاد القضاء هذا الشرط ضيقا، فأبى أن يلحق الأذى الذي تلحقه عربة في حالة توقف بنظام حادث مرور[1199]. ورفض اعتباره حاصلا عندما يتمّ الاصطدام في مستودع[1200]. وقد بقي تضييق التعريف على ما هو عليه مع ما آل إليه مصطلح حادث مرور في الفصل 3 من مجلة الطرقات.

**341.** أما الأنظمة المقارنة، فلم تكتف بحادث سير كسبب يولّد مسؤولية الغير المتبوع. بل نراها وسّعت في ذلك. ويبقى الخيار متراوحا بين مسؤولية تقوم على الخطأ أو مسؤولية قانونية de plein droit.

---

[1198] En droit français: Ph. Brun, n°676, p.446; Civ.2e, 28 mai 2009, JCP 2009, n°28, 95, note Mouly.
[1199] تعقيبي مدني في 12 جوان 1968، م. ت. ق. 1969 .1970، ص. 245 مع التعليق.
[1200] تعقيبي جزائي، 7 جوان 1971 ، م. ق. ت.1971، ص. 547 .

القانون الألماني أسّس مسؤولية المتبوع على قرينة خطأ وفقا للفصل 831 من المجلة المدنية الألمانية. واتجه القضاء نحو اعتماد خطإ شخصي للتابع لينعكس على مسؤولية المتبوع[1201]. فهي مسؤولية غير مباشرة تقوم عند قيام خطأ المتبوع، فتقترن معها على أساس شخصي للأول، وعن فعل الغير للثاني. وهو ما ذهب إليه أيضا الفقه الفرنسي[1202]، دون أن يمنع من اعتماد الخطأ الموضوعي في هذا النظام خاصة بعد قانون جانفي 1968 الذي نقح الفصل 489-2 وأرسى الخطأ الموضوعي[1203]. وتترتّب المسؤولية إذا تسبّب في الضرر كما هو الشأن في حادث مرور.

**342.** القانون التونسي اختار على العكس أن يتجنب خطأ التابع كسبيل نحو ترتيب مسؤولية المتبوع. وكان له أن يعتنق ذلك الاتجاه لو كتب الظهور للفصل 101 من مشروع سانتيانا. ولكن حفظه في رفّ النسيان حوّل وجهة التشريع من خلال اشتراط "التسبّب في حادث سير"، دون أن توحي صيغة الفصل 117م.ط. بقيام خطأ المتبوع. فالفعل السببي وتحقق الضرر كافيان لترتيب مسؤولية المخدوم[1204]. ولم يغيّر مرور الزمن الذي ظهر فيه الفصل 267 م. ط. وما آل إليه من تنقيحات متتالية من أحكامه الظاهرة. فهو على درجة واضحة من الالتزام بالتيّار الموضوعي للمسؤولية. وقد يكون في زمانه الأول، وما تعاقب عليه من تطوّر، قابلا بتجزئة المسؤولية بين المتبوع والمتضرر إن كان فعله مساهما فيما حصل له[1205]. أما وأن الفصل 96

1201 وعلى غراره سار القانون الهولاندي في الفصل 170، وقانون الكيباك في الفصل 1463.
1202 Flour, Aubert et Savaux, n° 213, p. 251s.
1203 Viney et Jourdain, n°807, p. 1009.
1204 دولاقرانج، المقال السابق، ص. 180.
1205 نفس المصدر، ص. 16. ويمكن التقصي ان كان المتضرر المتسبب الوحيد في الحادث. المصدر السابق. التعليق عدد1 والقرارات المذكورة.



م ا ع[1206] قد بلغ لدى القضاء مرتبة قاعدة الضمان وما نجم عنه من نبذ لكل تجزئة، فإن تكامله مع مسؤولية المتبوع تبدو بديهية.

وتبعا لذلك فإن الفعل في القانون التونسي فعل سببي وموضوعي في أساسه، دون اشتراط مسبق لقيام الخطأ. ويبدو رجوع الفصل 117 م.ط. إلـى مجلة الالتزامات والعقود خاليا من أيّ محتوى. فالتأكد من اشتراط الميز والتعدّي لا يبدو جوهريا بقدر ما ينصب التأكد على الدور السببي لذلك الفعل.

ولا بد كذلك من التثبت من علاقة الفعل مع الوظيفة.

### ج – ارتباط الفعل بالوظيفة

**343.** هذا الشرط امتداد لعلاقة التبعية، ونتاج للسلطة التي يمارسها المتبوع على التابع، متجسمة في إدارته وتوجيهه أثناء أداء الخدمة. فيصبح منطقيا وضروريا أن توصل المسؤولية عن حادث المرور أوعن الفعل الضار بالوظيفة وتنفيذها.

ويكون الخروج عنها سبيلا إلى انتفاء هذه المسؤولية، كأن يتم الحادث في حيز زماني أو مكاني بعيد عن الوظيفة، وكأن يحصل خارجا عن أوقات العمل، أو أثناء العطلة مثلا[1207].

ولم تكن صيغة الفصل 117 م. ط. الذي اشترط حصول الفعل أثناء المباشرة واضحة لتحديد هذه العلاقة. فالصيغة الظاهرة تضيق لأول وهلة فيها. فهل نعتبر أنها تفترق عن الصيغة التي ترتب المسؤولية عند حصول الفعل بمناسبة الوظيفة؟

1206 حول علاقة الفصل 96 م. إ. ع. ومسؤولية المتبوع، انظر ما سيلحق.
1207 جريج، ص. 243، مراجع فقه القضاء المصري المذكورة.

**344**. ومن خلال قضاء محكمة التعقيب، قدم قرار 1962.12.20[1208] توضيحا لهذه النقطة، عندما أشارت المحكمة إلى أن السرقة تجعل الفعل أجنبيا عن الوظيفة وتحمل قطيعة كاملة معها. ولم يتماد هذا الاتجاه في قرارات الدوائر المجتمعة[1209] التي اعتبرت المتبوع مسؤولا مدنيا عن "الأجير الذي يقدم على سرقة السيّارة ويرتكب بها حادثا ولا تكون له السلطة القانونية ولا الرخصة الإدارية للسوق". ولذلك فإن تفسير استثناء الضمان أدى إلى مرونة قصوى في قبول العلاقة بين الفعل والوظيفة. فقد غيرت محكمة التعقيب موقفها الصادر سنة 1962، لتؤكد استناد مسؤولية المتبوع على الضمان. ومن اليقين أن يعتبر حادث المرور المقترف بمناسبة الوظيفة مرتبطا من باب أولى وأحرى مسؤولية المتبوع.

**345**. ويبدو القانون المقارن منبرا ثريّا للجدال حول هذه النقطة. فعديد القوانين قدمت حلا واضحا للمسألة. قانون الموجبات اللبناني ذكر في الفصل 127 أن "السيد والوالي مسؤولان عن ضرر الأعمال التي يأتيها الخادم أو المولى في أثناء العمل أو بسبب العمل الذي استخدماه فيه". وهو يساير عديد الأنظمة الجرمانية التي تراوحت صيغها بين اقتراف الفعل في الوظيفة dans la fonction مثل الفصل 1384 ف 5 م م فرنسية، أو بمناسبة الوظيفة، كما هو الشأن في الفصل 127 م م جزائرية أو 126 م م إسبانية[1210].

---

1208 نفس المصدر، سابق الذكر.

1209 قرار عدد29013 في 15 ماي 1997، قرارات الدوائر المجتمعة 1997/1996، ص.28.

1210 H. Slim. Art, n° 6, p. 53.

إذا اعتبرت هذه المسؤولية مرتبطة بالخطأ، فإن التفسير للعلاقة سيكون مقيّدا، أما إذا تنحّى هذا الأساس فإن التفسير يهدف إلى تحديد العلاقة بين الفعل والوظيفة من خلال التبعات التي يجب أن يتحمّلها المتبوع.

Viney et Jourdain, n°800, p.996.

ويتشابه القانون الفرنسي مع القانون الأمريكي الذي يشترط وجود تلك العلاقة بين الفعل والوظيفة

within the sphere of employment. within the cause of employment.



وهي صيغ يؤثر تفسيرها على أبعاد المسؤولية عن فعل الغير، وعلى أسس هذه المسؤولية. ويقدم النظام الألماني مثالا عن التفسير الضيق لهذه العلاقة، إذ يشترط أن يكون الفعل في ممارسة الوظيفة، ولا يقبل بوجودها إن تم بمناسبة الوظيفة.

**346**. ومن الأنظمة كذلك من يشترط علاقة سببية بين الفعل والوظيفة، وهو شأن القانون السينغالي في الفصل 148، الذي يعتبر المسؤولية قائمة عند وجود تلك الرابطة lien de causalité ou de connexité.

**347**. ولم تكن صيغة الفصل 1384 ف 5 أكثر وضوحا. فهي تتطرق إلى أعمال الوظيفة كذلك. و الإشكال يثور عند اقتراف الفعل بمناسبة الوظيفة. فبقدر ما تبدو الأمور جلية عند اقتران الاثنين معا، أو عند افتراقهما بخروج الفعل أساسا عنها، بقدر ما تدقّ معرفة وجود العلاقة أو فقدانها عندما يتحقق الفعل بمناسبة الوظيفة à l'occasion de la fonction. هذا سائق يعهد إليه بتسليم بضاعة على عربة الشركة. فيتولى القيام بنزهة ترفيهية يصدم خلالها شخصا، فهل يعد الحادث مرتبطا بالوظيفة أم لا؟ وإذا تشاجر مع شخص أجنبي، بعد التسليم، فهل يكون كذلك الفعل مرتبطا بالوظيفة؟

**348**. وللقضاء الفرنسي محاولات عديدة على تحديد العلاقة بين الوظيفة والفعل. وهي شواهد على عسر المهمة، إذ افترقت الدوائر الجنائية مع الدوائر المدنية. الأولى كانت مرنة واعتنقت رؤية متسعة للعلاقة بين الفعل والوظيفة. فكلما كانت الوظيفة مناسبة لاقتراف الخطأ أو وفرت له الوسيلة،

---

ويعتمد كذلك على المخاطر التي يجب على المخدوم تحملها.

Restatement p. 229: The ultimate question is whether or not it is just that the loss resulting from the servant act should be considered as one of normal risks to be born by the business in which the servant is employed.

تترتب مسؤولية المتبوع. أما الدوائر الأخرى فلها نظرة ضيقة تمنع قيام تلك المسؤولية عندما يكون الفعل متنافرا مع الغاية من الوظيفة[1211]. قد يؤدي القضاء الفرنسي قد استقرّ في آخر محاولة لتوحيد مواقفه[1212]. وقد اعتمد على تفسير متسع للعلاقة[1213]. فلا خروج إلا عند اجتماع ثلاثة شروط، أوّلها أن يكون التابع قد ارتكب الفعل دون استئذان، وثانيها أن يخرج الفعل عن غايات الوظيفة، وثالثها أن يتولى التابع الخروج عن وظيفته. وهي شروط يعسر اجتماعها، مما جر البعض إلى القول "إن تجاوز الوظيفة لا يعتبر خروجا عنها"[1214]. ويلاحظ أنه معيار موضوعي، يقوم على تقدير العلاقة وانقطاعها ووجود الوشائج أو انعدامها بين الوظيفة والخطة[1215].

349. ويلمس نفس الاتجاه في القضاء المصري. تعرضت صيغة الفصل 174 من المجلة المصرية إلى الخطأ بسبب الوظيفة، ونصت: "يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه في حالة تأدية الوظيفة أو سببها". والخطأ بسبب الوظيفة يراد به الخطأ الذي يقع من التابع وهو لا يؤدي عملا من أعمال وظيفته، ولكن تربطه مع ذلك بالوظيفة علاقة سببية وثيقة، بحيث أنه لولا الوظيفة ما كان يستطيع التابع

[1211] حول الاختلاف القضائي في فرنسا

Viney et Jourdain, n°801, s. Ph. Le Tourneau et Alii.op. cit, n°7528 s, p. 1657s.

[1212] بعد فشل أربع محاولات في لمّ شتات القضاء الفرنسي P. Brun, art.préc.n°26, p13.

[1213] A. P. 19 mai 1988, D.1988, J. p. 513 note Larroumet : « Attendu que le commettant ne s'exonère de sa responsabilité que si son préposé a agi hors de ses fonctions auxquelles il a été employé, sans autorisation, et à des fins étrangères à ses attributions ».

[1214] P. Brun, art, préc.p.13, avec les solutions retenues aujourd'hui le préposé qui abuse de ses fonctions est encore dans ses fonctions.

[1215] مع عودة نسبية للفرقة في مستوى الداونر الجنائية:

Crim, 16.2.1999, R.T.Dciv., 1999, p.109 obs. Jourdain



ارتكابه. فهي سببية من شأنها أن تجعل الوظيفة ضرورية لإمكان ارتكاب الخطأ[1216]. ويقترب الفقه المصري من هذا الموقف مع وجود فويرقات لا تشذ تلك المواقف بعيدا عن الرأي السابق، باشتراط سببية مباشرة بين الفعل والوظيفة[1217]، أو بالتأكد من أن الخطأ لم يكن ليرتكب لولا الوظيفة، ولم يكن المشروع أن يقترفه لولاها[1218]، في حين اكتفت بعض القرارات بتسهيل الوظيفة اقتراف الخطأ[1219].

350. ويعتمد القضاء المغربي على معيار مخالفة الأوامر للقبول بالخروج من الوظيفة، لأن تجاوز تلك الأوامر نفي لعلاقة التبعية حتى وإن كانت تادية الوظيفة مناسبة لاقتراف الخطأ. فقد رفض المجلس الأعلى المغربي ترتيب مسؤولية المتبوع إذا عهد لتابع وقتي بحراسة سيارة ودفعها باليد فقط المتعلق بموقعها في الصف، فاختلس التابع السيارة واستعملها مخالفا للأوامر الموجهة إليه.

351. ويضاف أيضا أن الارتباط بين الفعل والوظيفة ينتفي حتى ولو تحقق الفعل بمناسبة الوظيفة، إذا علم المتضرر بتجاوز التابع حدود الوظيفة، لأنه يدرك أن التابع يعمل لحساب نفسه لا لحساب متبوعه"[1220]. وقد ذهب القضاء المصري في ذلك مذهبا واضحا[1221].

ويعيد هذا الموقف إلى علاقة الفعل بالوظيفة عندما يرتبط المتبوع مع المتضرر بعقد، تسبب التابع بفعله في عدم تنفيذه. فهل يجوز اعتماد الخروج

[1216] الصدة: ف. 510، ص. 5528 .

[1217] السنهوري، الوسيط ج I ف. 682 وما بعدها.

[1218] سليمان مرقس، الفعل الضار. ف. 130 وما بعدها.

[1219] نقض 22 أفريل 1940، مذكور عن فر ج الصدة، المصدر السابق، ص. 553.

[1220] الصدة. ف 510، ص 544، سليمان مرقس، الفعل الضار ف. 131.

[1221] المصدر السابق، والمراجع القضائية.

عن الوظيفة في هذا المقام؟ ينفي فقهاء الأنظمة التي تفرق بين المسؤوليتين التقصيرية و التعاقدية[1222] إسقاط هذا الشرط اللصيق بالمسؤولية التقصيرية على نظيرتها التعاقدية، بحجة استقلالهما عن بعضهما، وعدم وجاهة إثارة نفس الجدال فيهما. فالمسؤولية التعاقدية تتأكد، حتى عندما ينفذ المدين العقد بواسطة من تولى اختياره لتلك الغاية، و لا حق له في أن يدفع بخروج الغير التابع عن الوظيفة، وفق صيغة معادلة تفحص خروجه عن "إطار التنفيذ التعاقدي". وتجاذبت القضاء الفرنسي رغما عن هذا، نزعتان متعارضتا الموقف والتحليل[1223]. وعند الأخذ بهذا الشرط، لاسيما في النظام الذي يقبل بالخيار[1224]، نلتقي إذن مع مسؤولية تعاقدية عن فعل الغير، لا تقوم على معنى الفصل 245 م ا ع[1225] إلا إذا أثبت المتضرر أنه يجهل عن حسن نية خروج التابع عن ماموريته، فتنفي المسؤولية [1226]. لم يتعرض الفصل إلى شرط العلاقة بين الفعل و الوظيفة. و قد ضبط معيار علاقة الفعل بالوظيفة من زاوية حسن نية أو سوء نية المتضرر. فالمتبوع "يسأل، ولو لم يكن خطأ التابع قد ارتكب بسبب الوظيفة، إذا كان المضرور يجهل، أو لم يكن في وسعه أن يعلم بمجاوزة التابع حدود وظيفته، ذلك لأن المضرور في هذه الحال، يعتقد أن التابع يعمل لحسابه، لا لحساب نفسه، فيكون قد عامله باعتباره تابعا، لا بصفته الشخصية أو بعبارة أخرى أن المتبوع لا يسأل، إذا كان المصاب قد عامل

[1222] Y. Lambert-Faivre, L'abus de fonction, D. 1986, Chr. P. 143 ; P. Jourdain, obs. sous com. 3 oct. 1989, RTDciv. 1990, p. 87, et les références citées.

[1223] Com. 3 oct. 1989, RTDciv. 1990, p. 87, obs. Jourdain.

[1224] S.Abid-Mnif, th. préc. n°197, p. 243; n° 345,p. 409.

[1225] وقد طبق أيضا في المسؤولية التقصيرية، فعلاوة على القرارات المذكورة سابقا، جددت محكمة التعقيب تطبيق الفصل 245م ا ع في المسؤولية التقصيرية. تعقيبي مدني عدد 8700، في 24 ماي 1984، ن. ص. 340؛عدد 14065، في 17 فيفري 1987، ن. ص. 335. لمناقشة القرارات، سلمى عبيد منيف، الأطروحة، ف. 342، ص. 407.

[1226] Ph. Brun, art. préc, n°27, p 13.



التابع وهو عالم بتجاوز الأخير حدود وظيفته، أو كان ينبغي أن يعلم ذلك، لأن المصاب يكون قد عامل التابع في هذه الحالة بصفته الشخصية، لا بصفته تابعا، ونظر إليه باعتباره عاملا لحساب نفسه لا لحساب مخدومه"[1227].

ولم يقبل القضاء التونسي بهذا في مرحلة أولى. فقد تولى عامل إيداع دفتر ادخاره وأمواله عند موظف بإحدى البنوك، وكان يسلمه ودائعه خارج أوقات العمل وفي أيام العطل مستبقيا الدفتر عند الموظف. وعندما استولى على الأموال طالب البنك بالتعويض على أساس المسؤولية التعاقدية عن فعل الغير وفقا لأحكام الفصل 245 م إ ع رغما عن إثارة البنك خروج الموظف عن الوظيفة في حيزها الزمني وظرفها المكاني، وعلم المتضرر بذلك[1228]. ولكنه انتقل إلى معيار موضوعي، فقد رتب مسؤولية المتبوع الصيرفي عن استيلاء تابعه لأموال، لأن ذلك تمّ أثناء ساعة العمل و بمقر البنك[1229]، رغما عن أن مدير الفرع قد أدين جزائيا من أجل الخيانة الموصوفة. وتضيف المحكمة "أن ذلك لا يغير في الأمر شيئا بخصوص مسؤولية البنك عن الأضرار اللاحقة جراء إخلاله بتنفيذ عقد الخدمات المصرفية، ضرورة أن مدير الفرع استغل وظيفه لأغراضه الشخصية، وعلى البنك مراقبته حتى لا يصبح الوظيف مطيّة لقضاء المآرب الشخصية". ولكن القرار لم يخل من إشارة تضع معيار التواطؤ بين المتضرر والتابع سبيلا إلى إنتفاء مسؤولية المتبوع. فالمسؤول المدني "لا يستطيع إعفاء نفسه من الضمان المتوجب عليه للمتضرر

[1227] محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، نظرية العامة للالتزام، المصادر الغير الإرادية، جامعة دمشق 2001.2000 ص 141. وجاء هذا الرأي لضبط معيار علاقة الفعل وممارسة الوظيفة في مسؤولية المتبوع عموما.

[1228] تعقيبي مدني عدد 49435 في 4 أكتوبر 1995، غير منشور الذي رفض الطعن ضد قرار استئنافي صادر عن محكمة صفاقس تحت عدد 20780 في 7 جوان 1995، غير منشور.

[1229] تعقيبي مدني عدد 7302، في 20 نوفمبر 2006، غير منشور. مذكور عن سلمى عبيد، الأطروحة المذكورة، ف. 345، ص. 409.

عندما تكون شروط المسؤولية المدنية قد اكتملت، وإن تمسك بخلاف ذلك، مؤكدا التعامل الشخصي، فعليه الإثبات بكل الوسائل المتاحة قانونا، وهو ما لم يتحقق في صورة الحال". ونراه يعود إلى المعيار الفقهي الذاتي في تحديد الخروج عن الوظيفة، دون أن يتخلى مطلقا عن الرؤية الذاتية، على سبيل الاستثناء.

وللقضاء الفرنسي موقف مخالف تماما. فقد بسط أحكام الفصل 1384 ف. 5 خارج حدود المسؤولية التقصيرية، واشترط وجود العلاقة بين الفعل وتأدية الوظيفة، واستبعد هذا الركن كلما كان المتضرر عالما بزيغ التابع عنها أو كان متواطئا معه . وقد تم تطبيق ذلك في النزاعات التي تجمع المؤسسات المالية خاصة منها البنكية. فعندما يسلم حريف أمواله إلى موظف بالبنك، ويسهو عن تسلم وصل الإيداع، أو يتسلم وصلا في إحالة الأموال إلى الحساب الشخصي للموظف، فإن دعواه في التعويض قد ردها القضاء الفرنسي عند الاستيلاء عليها من الموظف[1230]. ولم يتوخّ القضاء الفرنسي تحليل الرابطة بين الفعل والوظيفة من زاوية موضوعية تقدرها وجودا أو عدما، بل إنه انكب على المسألة من خلال مدى معرفة المتضرر تجاوز الموظف لما أنيط بعهدته، مستندا إلى نظرية الظاهر. فإذا كان الاعتقاد مشروعا ومبنيا عن غلط عن حسن نية في تصور عدم التجاوز، حق له طلب التعويض. أما إذا كان الأمر على غير ذلك، وكان الغلط غير مشروع Erreur illégitime، ولا عذر له فيما يعتقده في خصوص ممارسة السلطة وعدم الخروج عن إطارها، فلا وجه

[1230] حول هذه القضايا :

Viney et Jourdain, Les conditions, n° 802; Civ.2, 13 novembre 1992, R.T.D. civ 1993, p 371. obs. Jourdain. Civ 21. mai 1997, R.T.D. civ 1997, p 553, obs. Jourdain I.C.P 1997, p. 1470.



فيها الحصول على التعويض. وإذا استحسن بعض الفقهاء[1231] هذا القضاء، فإن البعض الآخر لم يخف بعض المآخذ. فالعلاقة بين الوظيفة والفعل خضعت لمنظار ذاتي، يستلهم من مشروعية اعتقاد المتضرر أو عدم مشروعيته حقه أو فقدان ذلك الحق في الحماية . إلا أن بسط الأمر على هذا النحو لا يخفي بعض الهنات. فخطأ المتضرر لا ينفي خطأ البنك في اختيار موظف غير أمين أو مارق عن أصول المهنة. ويتوازى حسب القضاء هذا الخطأ مع قبول المخاطر منه، فالحريف الذي يتسلم وصلا، ولا يتفطن إلى الخروج عن الوظيفة، يقترف إهمالا يجعله قابلا بالمخاطر. وهي نظرية لا تنفي مسؤولية المتبوع، بل تؤدي إلى تجزئة المسؤولية بينهما[1232].

ومن خلال دراسة الفعل وتأدية الوظيفة، يبرز لنا أن القضاء التونسي سار بهذا الصنف من المسؤولية نحو سند موضوعي، يضمها إلى نظرية التبعة أو الضمان، ويخرج عن أساس الخطإ، وهو ما سيتأكد في الحديث عن التفصّي.

## الفقرة الثانية: آثار المسؤولية عن فعل التابع

تهم آثار المسؤولية عن فعل التابع مسألة التفصّي (أ)، ومدى إمكانية اعتماد المسؤولية الشيئية ضد المتبوع (ب)، خاصة في القانون التونسي، في غير وضعية حادث مرور.

[1231] P. Brun, art préc, n° 27 p 14.

[1232] حول هذا النقاش ملاحظات Jourdain, obs. Préc.
ومن الفقهاء من يرى أن الأمر لا يقوم على مسؤولية عن فعل الغير، بل على مسؤولية شخصية للبنك.

### أ – مسألـة التفصّـي

**352. مسؤولية المتبوع غير مباشرة لأنها تقتضي وقوع حادث مرور أو فعلا من التابع**[1233].

ولم تبق مسؤولية التابع شرطا سابقا لقيام مسؤولية المتبوع في القانون الفرنسي. وظهرت حصانة لدى الخادم تحميه من قيام مسؤوليته الشخصية، طالما كان قائما بوظيفته. فلا تطبق أحكام الفصل 1382 م م ف على التابع. ولا يمكن للمتضرر الحصول على التعويض إلا إذا توسل أساس المسؤولية عن فعل الغير[1234]، التي تصبح مبدأ عاما موازيا للمسؤولية الشخصية وللمسؤولية الشيئية. فهي تقوم حصريا لوحدها ولا تقوم معها المسؤولية الشخصية.

353. تطرح مسألة التفصّي مسبقا الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية المتبوع عن فعل التابع، لما لذلك الأساس من أثر مباشر على طريقة التفصّي. فإذا كان أساسها الخطأ، كان التحلل منها بإثبات غياب الخطأ. وإذا كان على العكس موضوعيا، كان درء القرينة بإثبات السبب الأجنبي.

354. وللفقه مشارب مختلفة في تحديد هذا الأساس[1235]. فرب قائل أنها تقوم على الخطأ المفترض في اختيار التابع، وهي قرينة تقبل إثبات العكس،

1233 أكد القضاء الفرنسي أن المسؤولية الشخصية للتابع لا تترتب إذا كان الفعل حصل في إطار الوظيفة. انظر المرجع اللاحق.

1234 A.P. 25 février 2000, (arrêt Costedoat) JCP, G. 2000, I, 241, obs. G. Viney, II, 10295, note M. Billiau; D. 2000, J. p. 673, note Brun : « Attendu que n'engage pas sa responsabilté à l'égard des tiers le préposé qui agit sans excèder les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant ».

1235 لمناقشة الأمر في القانون التونسي



كما هو الشأن في الفصل 831 من المجلة المدنية الألمانية، الذي يمكّن المتبوع من التفصّي إن قدّم الدليل على أخذ الحيطة في اختيار المتبوع وتمرينه حتى القيام بوظيفته. ولكن القضاء الألماني تشدد في هذه المسألة، وذلك باشتراطه درجة قصوى من الحزم من المتبوع، أخذا في تقديره تنظيم العمل والمراقبة[1236] إذا تعلق الأمر بالمسؤولية التعاقدية، إلا أن ذلك لا يشمل الذوات المعنوية. فلا تفصّي لها لدفع مسؤوليتها عن فعل تابعيها.

**355. ويندرج النظام السويسري كذلك في نفس السياق. فالفصل 62 من** المجلة المدنية السويسرية يمكن المتبوع من التحلل إذا أثبت الحزم الكافي لتجنب الضرر أو اتخاذ الوسائل الكفيلة حسب الظروف لتلافي الضرر[1237]. وإن القضاء السويسري أبدى نفس التشدد في ذلك، فبعد الاكتفاء بالخطأ في الاختيار والمراقبة، تولى تقييم التفصّي على تحقيق الحيطة الكاملة، بالنظر إلى الملابسات وتحقيق تنظيم محكم للعمل يجنب موضوعيا حصول الضرر[1238]. ومن الأنظمة العربية من يسير في ركاب هذا الموقف، مثل القانون الجزائري

T. Besrour et M. Triki, La responsabilité du commettant du fait de son préposé en droit tunisien comparé, mémoire, DES histoire des institutions, Paris 1975, p114 S. EL Hamzaoui, « De la responsabilité des commettants du fait de leur préposés en droit tunisien comparé », R. J politique, indépendance et coopération, 1973, p.601s.

1236 B. S. Markesinis, the german law of torts, a comparative introduction, Clarendon, Paperbacks, 2ème éd. 1990, p. 497.
ولكن التفصّي خلافا لما هو عليه الأمر في المسؤولية التقصيرية لا يقبل إذا تعلق الأمر بالمسؤولية التعاقدية، ولا أثر يرتب على إثبات غياب الخطأ (ف 278 م م ألمانية).

1237 ... Il a pris tous les soins commandés par les circonstances pour détourner le dommage ou que sa diligence n'eût pas empêché le dommage de se produire.

1238 Tendler, « Le rapprochement des droits français et suisse en matière de responsabilité des commettants du fait de leurs préposés », R.I.D comp. 1972, p.679. sp.p. 684.s.

والقانون العراقي. فهما يمكّنان من التفصّي إذا أثبت المتبوع بذل العناية العادية في مراقبة التابع[1239].

وهي قرينة قاطعة حسب بعض المواقف[1240]، تنقلب نظريا إلى أساس موضوعي حتمي[1241].

**356.** ومن الفقهاء من يعتبر التبعة أساسا لمسؤولية المتبوع. فهو يغنم من نشاطه، ويتحمل لذلك تغطية الأضرار التي يسببها. ولا يخفى تأثير أنصار هذه النظرية على هذا التحليل[1242]، وعلى المجلات التي نهلت منها، مثل القانون اللبناني[1243]. ولا يعدّ هذا المنحى صائبا بشكل مطلق، لأنه يتعارض مع حق المتبوع في الرجوع على تابعه، مع اشتراط بعض الأنظمة الخطأ من التابع.

**357.** ويمكن أن يقترن القانون التونسي بهذا الأساس من خلال الفصل 117 م. ط. فالمسؤولية تلاحق المتبوع لقاء ما يجنيه من نشاطه الاقتصادي. والأرجح أن نظرية الضمان تقوم أساسا لها، لأن المتبوع يضمن أعمال التابع بوصفه صاحب الذمّة المليئة. ولا مراء في توجه الدوائر المجتمعة نحو ذلك في قرار 1997، عندما وفرت التعويض للمتضرر من خلال تفسير لبنود الاستثناء

---

1239 Josserand, Droit civil, II, n°513.

1240 القانون المصري القديم. الصدة، ف. 504، ص. 545.

1241 Flour, Aubert, et Savaux, op. cit. n° 204, p. 241. : « Présumer que quelqu'un est en faute, et ne pas l'autoriser à démontrer le contraire, c'est dire en réalité, qu'il est responsable sans faute puisque peu importe, finalement, qu'il n'en est commis aucune ».

1242 جريج، ص. 235.

1243 وتقترب نظرية النيابية ونظرية الحلول من فكرة الخطأ. فالأولى تعني أن التابع ينوب متبوعه قانونا، والثانية تفيد أنه يحل محله، فإذا ارتكب خطأ يصبحان معا في حكم الشخص الواحد لامتداد شخصية المتبوع من خلال شخصية التابع. ولا تستقل هذه النظرية عن نظرية الخطأ. الصدة، ف. 50، ص.545.



من الضمان، يوفر للمتضرر حظوظ التعويض من ذمة مليئة. ويزيد هذا الرأي رسوخا بالنظر إلى اشتراط القانون التونسي حادث سير لترتيب تلك المسؤولية، لتداخل المسؤوليتان من حيث أساسهما ولتقوما على ضمان قانوني للمخاطر.

## ب - ازدواج المسؤولية عن فعل التابع مع المسؤولية عن فعل الأشياء

**358.** يمكن تدارك النقصان التشريعي في خصوص مسؤولية المتبوع بتوسل أحكام المسؤولية الشيئية[1244]. وبذلك فإن فقدان القاعدة العامة لا يعدم السبل لترتيب مسؤوليته في غير الحالة التي يكون فيها الفعل حادث مرور. المبدأ هو أن التابع لا يستطيع أن يكون حافظا للشيء، وأن الحفظ يبقى بين يدي المتبوع[1245]، لأن الاستعمال لا يتم بصفة مستقلة من التابع، حتى وإن كان الشيء ملكا للتابع، ويبرر ذلك لأن الضرر الناتج عنه يدخل في المخاطر اللصيقة بنشاط التابع[1246].

وهذا التعارض بين صفتي التابع والحافظ[1247] لا يبقى إن انتفت العلاقة بين الفعل وتأدية الوظيفة. والأمر منطقي، لأن الضرر لا ينبثق من الممارسة الطبيعية لنشاط المتبوع، ولكن وقع هذا الإقصاء يتأثر لا محالة بتعريف الخروج عن الوظيفة. وبما أنه يتخذ مفهوما ضيقا، فإن فوائد المسؤولية الشيئية متأكدة، وتحقيقها التعويض للمتضرر ثابت كذلك[1248].

---

1244 Flour et Alii, n° 214, p. 254.

1245 تعقيبي مدني في 25 جوان 1970، م. ق. ت. 1971، ص. 118.
Cas. Civ. n° 5731 du 12 juin 1968, RTD. 1969, 1970, p. 245.

1246 Viney et Jourdain, n° 684, p. 738 s.

1247 Péano, « L'incompatibilité entre les qualités de gardien et de préposé », D.1991, Chr. p.51; Civ. 30 déc. 1936, D.P. 1937, 1, 5, rapp. L. Josserand, note R. Savatier, GAJC. T.2, n° 244.

1248 هناك من يبقى صفه الحافظ لدى التابع إذا كان يمارس سلطاته على الشيء باستقلالية نسبية.

**359**. ومع ذلك فإن القضاء التونسي لا يطلق هذه القاعدة، ويقبل عليها بعض الاستثناءات. ويستمد ذلك من تطبيق محكمة التعقيب لمجلة التجارة البحرية للتعويض عن الأضرار التي تلحق بالبضاعة على أرض الميناء، بعد أن وصلت سليمة إلى المرفإ. فمن مهام مقاول الشحن والتفريغ وفق الفصل 169 م ت ب "القيام بتقسيم البضاعة وشحنها ورصفها وفك رصفها وتفريغها وأخذها ووضعها على الرصيف أو في المستودع أو أحد الأماكن المسقفة وتسليمها إلى أصحابها"[1249]. وقد اعتبرت محكمة التعقيب أن مقاول الشحن والتفريغ أجير الناقل، يعمل تحت مسؤوليته ولحسابه، وقد طبق على الناقل الفصل 245 م إ ع، لاعتباره مسؤولا عن الأشخاص الذين يستخدمهم لتفريغ البضاعة[1250]. ورغما عن ذلك، فقد أكدت أن الحفظ ينتقل إلى مقاولات الشحن والتفريغ عند إنزالها من السفينة، وتكون خاضعة لأحكام المسؤولية الشيئية[1251].

## المبحث الثاني: مسؤولية الآباء عن فعل الأطفال[1252]

**360**. كان الفصل 93 القديم ينص: "الوالد والأم بعد وفاة زوجها مسؤولان عن الضرر المتسبب عن فعل أولادهم الذين تكون سنهم دون ثمانية عشرة أعوام كاملة وساكنين معهم وتنتفي هذه المسؤولية إذا أثبت الوالدان :أولا

Terré, Simler et Lequette, n°787, p. 784.
والنتيجة أن المسؤولية تقوم في القانون الفرنسي دون وجود خطأ. ولا يقبل جمهور الفقهاء ولا فقه القضاء الفرنسي بهذا الاستثناء.
Flour et alii, Le fait juridique, 13e éd.2009, n°255, p.317

1249 تعقيبي مدني عدد 57513 مؤرخ في 16 أفريل 1997، ن. II، ص. 192 .

1250 تعقيبي مدني عدد 43699 مؤرخ في 12 فيفري 1997، ن. II، ص. 197. انظر كذلك، صلاح الدين الملولي، مسؤولية الناقل البحري، مركز النشر الجامعي.

1251 القرار عدد 57513 المؤرخ في 16 أفريل 1997، سابق الذكر.

1252 Béchir Ferchichi, La responsabilité des parents du fait de leur enfant mineur, mémoire DES, Fac.droit et de sciences politiques de Tunis.



أنهم راقبوه كل المراقبة اللازمة . ثانيا: ان الضرر تسبب عن خطأ من لحقه". وقد نقحه القانون عدد95 المؤرخ في نوفمبر 1995، واستبدله بالفصل 93 مكرر الذي ينص "الأب والأم مسؤولان بالتضامن عن الفعل الضار الصادر عن الطفل بشرط أن يكون ساكنا معهما. ويجوز دفع هذه المسؤولية إذا أثبت أحدهما:

- أنه راقب الطفل كل المراقبة اللازمة.
- أو أن الضرر نتج عن خطإ من المتضرر نفسه.

وفي صورة تجزئة مشمولات الولاية فإن أحكام هذا الفصل تنطبق على الحاضن.

وفي صورة وفاة الأبوين أو فقدانهما الأهلية يكون الكافل مسؤولا عن الفعل الضار الصادر عن الطفل ما لم يثبت: أنه راقب الطفل كل المراقبة اللازمة، أو أن الضرر نتج عن خطإ من المتضرر نفسه". وقد أنهى النظام القديم الذي كان يحمّل الأب في قائم حياته المسؤولية، ولا يرتب مسؤولية الأم إلا عند وفاته. ويقابله الفصل 85 من الظهير المغربي، والفصل 126 موجبات لبناني. ومن الأنظمة العربية من تأثر بقاعدة الفصل 832 من المجلة المدنية الألمانية، كما هو الشأن بالنسبة للقانون المصري في الفصل 173[1253]، والفصلان 134 و135 من المجلة المدنية الجزائرية. وفي المجلات الغربية

1253 الفصل 173: "1 - كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره او حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله الغير المشروع ويترتب هذا الإلتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز . 2- ويعتبر القاصر في حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمسة عشرة سنة أو بلغها وكان في كنف القائم على تربيته. وتنتقل الرقابة على القاصر إلى معلمه في المدرسة أو المشرف في الحرفة ما دام القاصر تحت إشراف المعلم أو المشرف. وتنتقل الرقابة على الزوجة القاصر إلى زوجها ، أو إلى من يتولى الرقابة على الزوج" .

يتطابق الفصل 93 مكرر مع الفصل 1384 ف. الرابعة من المجلة المدنية الفرنسية، والفصل 1459 من مجلة الكيباك، و169 من المجلة الهولاندية. وهناك أنظمة لا تعرف هذه الحالة من المسؤولية عن فعل الغير، مثل القوانين الأنجلوساكسونية التي تميل إلى ترتيب خطأ شخصي للوالدين عندما يلحق الأبناء ضررا بالغير[1254].

**361.** وأرسى التنقيح الجديد مسؤولية بالتضامن بين الأب و الأم. وقدساير هذا التنقيح الاتجاه الغالب في القانون المقارن، مثل الفصل 1384 ف. 5 بالنسبة للقانون الفرنسي بداية من 1970. ويمثل انعكاسا لتغيير التركيبة العائلية. فقد أصبحت الأم تقوم بدور إضافي في تربية الأبناء، في حين أثبتت علوم التربية والإجتماع الحديثة أن دور الوالدين ليس لوحده المؤثر في سلوك الطفل وفي نفسيته. فقد تأكد وجود تأثير تربوي للجيران، وكذلك للأخوال والجدين، خاصة عند خروج المرأة للعمل أو عند انتقال الأب والأم للخارج، وترك الأبناء لدى الأقارب. ويتقارب هذا النص مع مسلمات علم النفس. فالطفل منذ نعومة أظفاره يقلد دور والديه ويستوعب السلوك الاجتماعي، انطلاقا من سلوكهما ومن القيم التي ينبني عليهما. فإذا شذ سلوكه كان ذلك مؤشرا على شذوذ من أشرف على تربيته. ويتظافر مع واجب قانوني جاء به الفصل 23 من مجلة حقوق الطفل، إذ عدّ من قبيل "التقصير البين في التربية والرعاية اعتياد ترك الطفل دون رقابة أو متابعة والتخلي عن إرشاده وتوجيهه أو السهر على شؤونه".

---

[1254] J.-P.Le Gall, Liability for persons under supervision, vol XI, Int. Encyclopedia of comparative law &3, n°94, cité par Viney et Jourdain, n°869, p. 1111.



وتمر الدراسة بتحليل شروط المسؤولية **(فقرة أولى)**، قبل التعرض إلى آثارها**(فقرة ثانية)**.

## الفقرة الأولى : شروط المسؤولية

تقوم مسؤولية الوالدين على ثلاثة شروط، وهي السن **(أ)**، و المساكنة **(ب)**، و فعل الطفل **(ج)**.

### أ ــ السـن

**362.** هو ما مضى من عمر الطفل. كان الفصل 93 قديم يشترط أن يكون الطفل قاصرا ودون ثمانية عشر من عمره. وكانت هذه المرحلة توافق سن الرشد في القانون التونسي وفقا لأحكام القانون المالكي. ولكن مجلة الأحوال الشخصية غيرت ذلك لترفع البلوغ إلى عشرين عاما. كما تمّ تنقيح سن الرشد بمقتضى القانون عدد 39-2010 المؤرخ في 26 جويلية 2010 الذي وحد سن الرشد المدني نزل به إلى الثامنة عشر تنقيحا للفصل 156 م أ ش. و تولى قانون 12 جويلية 1993 تغيير نظام سن الرشد فأصبح الزواج مرشدا للقاصرين. فهل يذهب طلاق الزوج أو الزوجة بعد ذلك بصفتهما كراشدين؟ الحالة المدنية لا تتغير، والأصل بقاء ما كان على ما كان[1255].

القانون التونسي يمتاز بدقته في ضبط السن. وكان مرتقبا أن يضبط تنقيح نوفمبر 1995 هذا الشرط بالرشد القانوني أي بالعشرين، ليتخلى عن سن الثامنة عشر. لكن المشرع استبقى نفس المرحلة. وجاءت صيغة الفصل 93 مكرر بمصطلح الطفل. والطفل يعني حسب الفصل 3 من مجلة حقوق الطفل

---

[1255] تعقيبي مدني عدد 46492، في 23 مارس 1998، م.ق.ت. 1998،عدد 6، ص.181. بالنسبة للقانون اللبناني، جريج 219.

كل إنسان عمره أقل من ثمانية عشرة عاما. ولكن القضاء لم يمض في هذا التفسير[1256]، فحدد السن بالعشرين أي ببلوغ سن الرشد، كما حدده القانون القديم. وهذا الموقف يقبل الاحتراز، لأن مصطلح الطفل يختلف عن مصطلح القاصر. لو أراد المشرع ما ذهب إليه ذلك القرار لرتب بالتأكيد مسؤولية الوالدين عن فعل الابن القاصر الذي لم يبلغ سن الرشد، وهي صيغة مختلفة عمّا ورد في الفصل 93 مكرر. ويبدو أن هذا الاشكال قد زال بما نقحه قانون 26 جويلية 2010 في فصله الثاني، لأحكام الفصل 157م.ا. ش.

**363.** بعض الأنظمة المقارنة لم تتوخ الدقة مثل القانون التونسي، فلم تضبط فترة محددة. فهناك من القوانين من نزل بها إلى سن الخامسة عشر من العمر مثل القانون المصري في الفصل173، مواكبة لأحكام الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية حسب المشهور في الاجتهاد[1257]. وينتصر بعض فقهاء المغرب إلى هذا الموقف. فقد نادى أحمد الخمليشي بتحديد السن التي يكون فيها الوالدان مسؤولين بمرحلة البلوغ. " نستطيع القول بأن الولاية على شخص القاصر – ذكر أو أنثى – ، تنتهي بالبلوغ. وبالتالي فإن مسؤولية الوالدين الواردة في المادة 85 مرتبطة بهذه الولاية، فتنتهي بالبلوغ كذلك، لأن النص يقرر مسؤولية الأبوين عن أطفالهما القاصرين، ولا طفولة بعد البلوغ"[1258].

---

1256 محكمة الاستئناف بصفاقس قرار عدد 90194 بتاريخ 9 نوفمبر 2004 ، غير منشور، حيث أنه في خصوص ما تمسك به في المحكوم ضده مدنيا حول عدم تحمل منوبه طبيعة أفعال ابنه المتهم سيما أنه تجاوز في تاريخ الواقعة سن الثامن عشر مردود عليه إذ أن سن الرشد في القانون المدني وتحمل المسؤولية المدنية يكون في سن العشرين عاما وبالتالي كان الحكم الابتدائي في طريقه لما قضى بالزام والد المتهم بأداء الغرامات لفائدة المقام في حقه. وقد تم رفض مطلب التعقيب أصلا في القرار التعقيبي الجزائي عدد 13567 في 16 مارس 2005، غير منشور.

1257 الصدّة ف.498.ص.539. وتجب التفرقة بين ما إن أصبح القاصر يكسب عيشه بنفسه فلا تترتب مسؤولية من يراقبه، و بين ما إن كان في كنف من يقوم على تربيته بعد هذه السن، فيبقى المسؤول عن مراقبته متحمّلا لفعله حتى بلوغ سن الرشد. ويكون تحديد السن غير دقيق في القانون المصري وسببا في تعقيد نظام المسؤولية عن فعل القاصر.

1258 أحمد الخمليشي، المسؤولية المدنية للأبوين عن أبنائهما القاصرين، ص. 153. دون أن تحدد مدونة الأحوال الشخصية تلك السن.



واتجاها فقهيا يقرن في تحديد السن مع أحكام المدونة المغربية في الفصلين 102 و149[1259].

**364.** وبديهي أن يرتبط الطفل بعلاقة نسب مع الوالدين. فيقصد به الطفل الشرعي والابن بالتبني. فقد نزّل قانون 4 مارس 1958 في الفصل 15 الابن بالتبني منزلة الابن الشرعي. ونتيجة لذلك فإنه معني بأحكام الفصل 93 مكرر. أمّا بالنسبة للأنواع الأخرى من النّسب، فالإجابة تبقى اكثر صعوبة. فلم يكن الابن الطبيعي معترفا به في القانون التونسي. ويبدو أن قانون أكتوبر 1998 مكّن من الحديث عنه وتوفير إطار قانوني له. وقد يكون بسبب هذا التنقيح معنيّا بالفصل 93 مكرّر. أمّا بالنسبة لابن الزّنا وابن القرابة، فالأرجح أن الأمر مختلف حولهما، وأنهما أجنبيان عن أحكام هذه المسؤولية. والثابت قضاء أنه لا يمكن القيام ضد الوالدين بسبب فعل طفل لا تربطه علاقة نسب مع أبوين، رغما عن أنهما يعاملانه وكأنه ابن لهما، بالنظر للعناية العاطفية والماديّة التي يغدقانها عليه[1260]. والعلّة في هذا الموقف تعلق المسؤولية بممارسة سلطة الوالدين التي تتبلور في المساكنة[1261].

### ب – المساكنـــــة

**365.** هذا الشرط أساسي لقيام مسؤولية الوالدين[1262]. المساكنة تعكس ولاية الوالدين على الطفل أي سلطتهما القانونية في تربيته، وتتجسّم فيها[1263].

---

1259 الصقلي، المصادر غير الإرادية في الالتزام. ص. 56.

1260 تعقيبي جناني في 23 جانفي 1991، ن. ج. 91 ص. 58.

1261 ومع ذلك إن العائلات المستقبلة للأطفال بمقتضى القانون عدد 47-1967 المؤرخ في 21 نوفمبر 1967 غيرمسؤولة عن فعل الأطفال المودعين لديهم. حسين بن سليمة وعصام الأحمر، مصادر الالتزام غير الإرادية، تونس 2009، ص.117.

1262 تربط بعض الأنظمة المسؤولية بالرقابة مثل القانون المصري، فهو يوزع المسؤولية بين المتكفلين بها، فتلقى على من يتولى تربيته، وتنقل إلى معلمه إن كان متوجها إلى المدرسة أو المشرف على الحرفة، إن كان القاصر في كنفه، ولا يتم هذا الحكم بالدقة لتشابك مناطق المراقبة وأزمنتها. فعندما

وهي مبدئيا وضعية مستمرة ومنتظمة تظهر فيها علاقة الوالدين بالطفل، وتقوم على الإقامة العادية للطفل مع والديه فيكون بوسعهما تعهده ومراقبته. وتعكس إذن سلطة الوالدين وواجب الرعاية[1264]. واشترطت محكمة التعقيب هذا الأمر صراحة، إذ أكدت أنه "يتبيّن من الفصل المذكور(93 مكرر) أن عنصر المساكنة شرط أساسي لتحميل الوالدين مسؤولية الضرر الناتج عن فعل الابن القاصر ... كما اشترط الفصل المذكور لتوفر تلك المسؤولية أن يكون الابن القاصر مقيما عند أبويه، وهذا الشرط مرتبط تمام الارتباط بواجب التربية والمراقبة والرعاية المحمول على الآباء، ومتى انعدم شرط مساكنة الابن لوالديه فلا مجال للحديث عن قرينة تلك المسؤولية"[1265].

**366.** فهل يؤدي انقطاعها إلى انتفاء مسؤولية الوالدين آليا؟ المبدأ أن الوالدين لا يعذران بانقطاع المساكنة إذا كانت مغادرة المسكن بسبب شذوذ سلوكهما أو إهمال للطفل. أما إذا انقطعت بسبب قانوني، كأن ينتقل الطفل للدراسة، أو يخضع لنظام الحرية المحروسة[1266] أو أن يودع في السجن ، أو يهاجر الوالدان بعيدا بحثا عن لقمة العيش، فلا يؤدي ذلك إلى ترتيب مسؤولية

يكون متوجها نحو المنزل قافلا من المدرسة، فهل يكون تحت رقابة المعلم أو المربي؟ وتربط بعض الأنظمة المسؤولية بالرقابة دون أن توضح مسألة المساكنة، مثل القانون العراقي. المادّة 218 من القانون المدني تنص: يكون الأب ثم الجد ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه الصغير. ومع فقدان الدقة في تحديد سن الصغير، فإن القانون العراقي لم يشترط المساكنة مع الولي لمساءلته. عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق. ص. 564.

[1263] تعقيبي مدني عدد 2002/ 23111 في 20 نوفمبر2003، غير منشور، مذكور عن حسين بن سليمة وعصام الأحمر، مصادر الالتزام غير الإرادية، تونس 2009، ص.134:" إن ما قصده المشرع من كلمة الساكنين معهم أن يكون القاصر ساكنا مع والده ومدلول ذلك لغة أن يعيش في كنفه وفي بيت تحت سلطته الأبوية يمارسها عليه بالتربية والتوجيه والرقابة".

[1264] خديجة بن معتوق، مسؤولية الوالدين عن فعل الأبناء، مذكرة شهادة عليا في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس. 1995.1996.

[1265] تعقيبي مدني عدد 23012 في 25 ديسمبر 1990، غير منشور، مذكور عن خديجة بن معتوق.

[1266] وهو إجراء ضبطته مجلة حماية حقوق الطفل في الفصل 107، وجعلته من أنظار قاضي الأطفال.



الوالدين. واعتبر القضاء في قرار غير منشور أن بقاء الطفل عند جدّيه بسبب وجود والديه ينفي شرط المساكنة وينفي مسؤولية الوالدين. ولم يرتب مسؤولية الجدين، لأن الفصل 93 قديم استثنائي، ويجب التقيد عند تطبيقه بقائمة المسؤولين الذين ذكرهم.

**367.** وللقضاء مزية تعريف المساكنة من خلال قرار 20 نوفمبر 2003[1267]. وبادر بذلك محققا "أن المشرع وإن لم يعرف المساكنة على معنى أحكام الفصل 93 مكرر من م إ ع، فإنه يمكن من تحديد معاييرها بأنها تقتضي تواجد الولي والابن في مكان يمكن منه إجراء المراقبة والحراسة. وبذلك وطالما أن القاصر لا يقطن لدى والديه فإن هؤلاء يصبحان غير قادرين على إتمام واجباتهم في المراقبة بما ينفي عنهما المسؤولية". ولم يقف التعريف عند عتبة معادلة نظرية مجردة، بل تطرّق إلى فويرقات دقيقة أضاءت الدرب وأزالت عنه بعض المصاعب العملية. فهي لا تعني "المساكنة المطلقة والدائمة، فالمساكنة الاستثنائية والمتقطعة كافية ليقوم الولي بواجب المراقبة، وبالتالي تحمّل المسؤولية عن الفعل الضار الذي يرتكبه الطفل، ضرورة أن القاعدة في التفصّي من المسؤولية ودفعها هو ليس الاستناد على عدم المساكنة فقط، وإنما إثبات أيضا استحالة المراقبة والفصل 93 مكرر من م إ ع صريح في ذلك، لتأسيسه لقواعد الإعفاء من المسؤولية بإثبات كل المراقبة أو أن الضرر حصل بفعل المتضرر". وبمقارنة قرار 1990، تبيّن أنّ الشرط منعدم بسبب منأى إقامة الوالد عن منظوره، في حين أن قرار 2003 صدر في ظل الفصل 93 مكرر الجديد، الذي يلزم الوالدين بالتضامن. وما يلفت النظر في وقائعه انفصال إقامة الزوج عن زوجته. فهو يكتفي بمساكنة أحد الوالدين للطفل ليرتب

[1267] تعقيبي مدني عدد 24892 مؤرخ في 20 نوفمبر 2003، ن. ج. II ص. 169.

المسؤولية إذا كان الوالدان غير منفصلين بالطلاق، فلا تتجزأ بينهما وتحقق في هذه الفرضية الغاية منها. فقد أصاب قضاء الأصل لمّا أقرّ مسؤولية الأب الطاعن إلى جانب الأم، وأحسن تطبيق الفصل 93 مكرر. فالمساكنة ليست" غاية في حد ذاتها، وإنما باعتبارها تحقق الحراسة والمراقبة من الأبوين على الابن، والتي لا تقوم بالتواجد المادي في مكان واحد بصفة دائمة ومسترسلة، وإنما تتوفر كما وقع بيانه حتى بالحالة الاستثنائية أو المتقطعة كما هو في دعوى الحال، إذ أن إقامة الأب بالبلاد الأجنبية لا يعني الإطلاق في ذلك، ولا يعني غياب سلطته في جانب سلطة الأم".

هذا القرار يمدد المساكنة حتى في الصورة التي تنقطع فيها ولا تسترسل في الزمان. وبذلك فإن هذا الشرط يتحوّل من عنصر مستقل لقيام مسؤولية الوالدين، إلى سبيل يمارس به الوالدان سلطة الرقابة معا[1268].

**368.** ويلاحظ هذا أيضا في تطوّر القضاء الفرنسي الذي اتسم بالتذبذب. فقد تبنى تعريفا للمساكنة يأخذ بالتعايش بين الوالدين والطفل والإقامة المنتظمة معهما. فإذا انفصل عنهما، كأن انتقل إلى جدّيه أو إلى شخص أجنبي أو إلى مبيت تحرر من قيود الرقابة. وإذا كان الانتقال ظرفيا لمدّة وجيزة، كأن يتحوّل الطفل إلى رحلة أو إلى المدرسة أو إلى أصدقائه[1269]، فلا عذر في قطع الرقابة. وتراوح بين هذا الموقف، وبين القبول بنظرة مادية للمساكنة. فإذا حصل الفعل الضار عندما يكون الطفل بصدد قضاء عطلة عند أقاربه، أو كان عند طرف أجنبي عن العائلة فلا مسؤولية على الوالدين. وانتهت بعض

[1268] Viney et Jourdain, n° 876, p.1122.

[1269] Idem, n°876, p.990, et les références.
ولا يتوافق هذا مع نص القانون المصري ومن تأثر به، إذ يقطع واجب الرقابة عن الوالدين ليتحوّل إلى المعلم أو رب الصنعة. جريج، ص. 220. الصدة، ف. 498، ص. 539.



القرارات الفرنسية إلى غضّ النظر عن هذا الشرط إذا كان افتراق الوالدين والطفل لا يحول دون مراقبته والإشراف على سلوكه، فتترتب مسؤوليتهما عنه[1270]. ولكن القضاء الفرنسي استقرّ بعد هذا الاختلاف حول إرساء مفهوم مجرد وقانوني للمساكنة[1271]، يتماشى كما سنرى مع تحوّل مسؤولية الوالدين من قرينة خطأ إلى قرينة مسؤولية تدفع بالسبب الأجنبي[1272]، ويعكس تعريفا قانونيا للسلطة[1273].

**369.** وغيّر في نظام هذه المسؤولية وذلك لوجود كمّ هائل من الأطفال لا يساكنون والديهم ويقيمون لدى أقاربهم أو لدى مراكز تربية الأطفال. فإن صدر فعل ضار لم تترتب مسؤولية الوالدين بسبب انقطاع المساكنة معهما، ولم تترتب على أساس الفصل 1384 فقرة 4 مسؤولية من يقيم معهم ذلك الطفل، لأنه مثل الفصل 93 مكرر نص استثنائي، لا يمكّن من التوسع في قائمة المسؤولين مهما كانت درجة القرابة أو الارتباط العاطفي. فالنص الفرنسي قيّد المسؤولية عند الأب والأم معا. لكن القضاء الفرنسي وجد الحل في الفصل 1384 فقرة 1 بوصفه موضع مبدأ في المسؤولية عن فعل الغير وفق ما تم الاهتداء إليه من قرار Blieck.

[1270] Crim. 13 juillet 1949, D 1949, p461.

[1271] Flour et Alii, Le fait juridique, 13$^{e}$ éd, n°196, p.227s.
فاعتبر المساكنة قائمة عندما يكون الطفل في مأوى للإشراف الطبي والبيداغوجي عليه أو في مركز اصطياف لقضاء العطلة.
Civ 2$^{ème}$ 20 mars 2000.J.C.P. 2000, I, 10374, note A.Gouttenoir-Cornut; Crim. 29 octobre 2002, RTDciv. 2003, 101 obs. Jourdain, Res.civ.ass 2003, comm.29.

[1272] انظر ما سيلحق في خصوص التقصي.

[1273] Ph. Brun, L'évolution des régimes particuliers de responsabilité du fait d'autrui in Colloque précit. n°16, p12.s.

**370**. واستنبط القضاء الفرنسي مما ذهب إليه من تفسير الفصل 1384 فقرة 1 قائمة موازية من الأشخاص، تترتب مسؤوليتهم عن فعل طفل يكون في حفظهم أي تحت رعايتهم بدرجة أنهم يؤثرون على سلوكه. وقد طبق القضاء الفرنسي مفهوم الحفظ بنفس الصيغة التي توصل إليها في تعريف ذات الاصطلاح في المسؤولية عن فعل الأشياء[1274]. وظهرت نظريتان، نظريّة الحفظ القانوني، ونظريّة الحفظ المادي للأشخاص. ودافع عن الأولى Chabas وربطها بسلطة الوالدين. ومن نتائجها أنها تتمادى حتى عندما يقيم الطفل طويلا عند الأهل أو الأقارب وتمتد المساكنة معهم في الزمن. أما النظرية المادية، فهي تحاول معرفة ما إذا كان الشخص الذي يقيم لديه الطفل قد أثر في سلوكه أو في نمط حياته أو في قيمه التي يؤمن بها[1275]. ووفقا لهذه النظرية، انتهى القضاء الفرنسي إلى إقصاء مسؤولية الوالدين وإقصاء الفصل 1384 فقرة 4 ليرتب مسؤولية الأقارب، مثل الجدين والعمة والخال، وكذلك مركز التربية والإشراف الاجتماعي على أساس الفصل 1384 فقرة 1 [1276]. وقد اعتمدت هذه النظرية إلى تضارب في فقه القضاء الفرنسي [1277]، ليستقرحول اعتماد النظرية القانونية. ولكنه مع ذلك وسع في قائمة المسؤولين عن فعل الطفل تطبيقا لمبادئ المسؤولية عن فعل الغير.

---

[1274] Flour et Alii, n°230, p. 291.

[1275] Crim. 28 mars 2000, JCP. 2000, I, 241 n°10, obs. Viney, JCP. 2001, II, 10457, note Obaczewski, RTDciv. 2000, 586, obs.Jourdain, qui se fonde sur la garde du mineur et la charge d'organiser et de contrôler à titre permanent son mode de vie. J.P.Gridel,Glose d'un article imaginaire inséré dans le Code civil en suite de l'arrët Blieck : Chacun répond de plein droit du dommage causé par celui dont il avait mission de régler le mode de vie ou controler l'activité, Mél.P. Drai, Dalloz 2000, 609.

[1276] Civ. 18 septembre 1996. Dalloz, 1996, p. 327 s.

[1277] Flour et Alii, n°229, p.288.



**371**. ولو تمّ تقريب مصطلحات القانون الفرنسي من نظام المساكنة في القانون التونسي، لأمكن القول بأن صيغة القانون التونسي تقترب من مفهوم الحفظ القانوني لارتباطه بسلطة الوالدين على الأطفال. ويمكن تدعيم هذا الرأي انطلاقا من نصوص مجلة الأحوال الشخصية التي ذكرت في الفصل 60 بمناسبة تطرقه إلى الحضانة[1278]، أن "للأب وغيره من الأولياء النظر في شأن المحضون وتأديبه وإرساله لأماكن التعليم، ولكنه لا يبيت عند حاضنه، كل ذلك ما لا يرى الحاكم خلافه لمصلحة المحضون". هذا النص يعتبرأن المسؤولية لا تقوم إلا لدى الحاضن، وهي تتواصل بفعل القانون ولا يستطيع الحاضن أن يحتج بانقطاعها، ولا تنقطع هذه المساكنة إلا بسبب شرعي، وفقا لمصلحة الطفل وتحت مراقبة القضاء. ونفس الأمر يعتبر بالنسبة للوالدين، فلا يعتد بانقطاعها بسهولة عند انفصال العلاقة بين الوالدين.

**372**. كان شرط المساكنة في الفصل 93 قديم يمنع تحديد المسؤول. فكانت المسؤولية تلقى على كاهل الأب، ولا تنتقل هذه المسؤولية إلى الأم إلا بعد وفاة الأب. وكان هذا النص الاستثنائي منقوصا. فهو لا يعطي حلا في كل الوضعيات، ولا يحدد المسؤولية عن فعل الطفل. فعند بقاء الأب على قيد الحياة وافتراقه بالطلاق عن زوجته مع إسناد الحضانة للأم، فإن المتضرر لا يجد مسؤولا عن فعل الطفل، ولا يقع على ذمة تمكنه من التعويض. لكن الفصل 93 مكرر تفادى هذا النقصان . فقد تطرق إلى النقصان الذي تتجزء فيه مشمولات الولاية، وهي وضعية خاصة بالحضانة عند الطلاق.

ماذا تعني تجزئة الولاية؟

---

[1278] خديجة بن معتوق، المذكرة سابقة الذكر.

**373**. تقتضي الإجابة تحليل تطور مفهوم الحضانة. فقد كانت تعني في دلالتها الأولى القيام بالحاجيات العاطفية والغذائية للطفل. من هذا التعريف تكون الولاية عن النفس وعلى المال من مشمولات الأب فقط، وينفرد بالسلطة الأبوية. وفي سنة 1966 تغيرت أحكام مجلة الأحوال الشخصية، وأصبحت الحضانة تسير لمصلحة المحضون ، أي بالتأكد من أنّ الحاضن هو أولى بالإشراف على الطفل، والأولى في حفظ حقوقه ومصالحه التربوية والعاطفية. وخرج قانون الحضانة بداية من ذلك التاريخ عن اعتماد قائمة كان يضبطها التشريع مع أولوية إلى النساء القريبات من عائلة الأم. ثم أصبحت الحاضنة الأنثى (الأم) بداية من سنة 1981 تمارس الولاية على مال محضونها. وتمت تجزئة مشمولات الولاية لتبقى الولاية على النفس عند الأم، وتنتقل الولاية على المال مع إسناد الحضانة للأم عموما أو لغيرها.

**374**. ونتيجة لتوسع هذه السلطات وتجزئتها، جعل الفصل 93 مكرر الحاضن مسؤولا عن فعل المحضون لأنه هو الذي يتولى مراقبته ومساكنته، حتى وإن كان والده على قيد الحياة. ويضيف الفصل 93 أنه في حالة وفاة الأبوين أو فقدانهما الأهلية، يصبح الكافل مسؤولا عن فعل الطفل. الكفالة تخضع في أحكامها لقانون 3 مارس 1958 المتعلق بالكفالة العمومية، والكفالة الخاصة، أوكفالة غير الرسمية. وتعني أن الوالدين يعهدان لعائلة أو لشخص بتربية الطفل والسهر على حاجاته كاملة. ويتم ذلك وفق حجة رسمية وتحت إشراف قاضي الناحية. وقد تكون الكفالة عمومية Tutelle Publique ،فتتولى مؤسسات عمومية تابعة للدولة الإشراف على تربية الأطفال وإيوائهم لفقدهم السند. ونتج عن هذه الأنماط الحديثة في إيواء الطفل ورعايته توسع في قائمة



المسؤولين عن فعله، بفضل النص[1279]. فلا نرى القانون التونسي مهيّا ليقتفي أثر القانون الفرنسي و ينتهج طريق المبدإ العام في المسؤولية عن فعل الطفل.

### ج ـ فعـل الطفـل

**376**. الفصل 93 مكرر تطرق إلى فعل الطفل (الفعل الضار). ويبين ذلك أن مسؤولية الوالدين غير مباشرة. فهي تقتضي ترتيب مسؤولية الطفل أولا، وانعكاسا لها، تترتب مسؤولية الوالدين. ومع ذلك نجد قرارات تجعل مسؤولية الوالدين مسؤولية شخصية تقوم على الرقابة، حتى عند اعتماد الفصل 93 م إ ع[1280].

**377**. وعلى عكس ذلك تؤكد محكمة التعقيب الطابع غير المباشر لهذه المسؤولية التي تقتضي فعلا من الطفل. يفيد هذا المصطلح كل سلوك يرتب مسؤولية الطفل فيشمل الفعل الشخصي وفق الفصل 105 م اع والفصل 83 م إ ع[1281]. ويفيد أيضا الخطأ الموضوعي الذي لا يوفر الميز. ويمكن أن يؤدي

---

[1279] K. Negra, « L'enfant et la responsabilité délictuelle », in Centenaire du Code des obligations et des contrats, CPU 2006, p. 426.
هناك من يرى أن الفقرة الثانية من الفصل 93 مكرر يضيق من قائمة المسؤولين، وأن مساءلة الحاضن والكافل يقتضيان إسناد الكفالة لهما من القضاء.
S. Abid, th. préc. n°369, p.437.

[1280] تعقيبي مدني عدد 4214 في 16 ديسمبر 2004 ، غير منشور،: حيث أن مسؤولية الأب عن فعل ابنه تقوم على عنصرين اثنين، هما اعتبار الطفل القاصر غير مسؤول عن أفعاله نظرا لصغر سنه، وعدم تمييز الأمور والأشياء. ونتيجة لذلك يكون العنصر الثاني والمتمثل في وجود مراقبة من قبل والده المراقبة اللازمة لمنعه من إلحاق الضرر بالغير. وحيث وتفريعا عن ذلك فإن مسؤولية الأب عن فعل ابنه القاصر هي مسؤولية شخصية ملتصقة بذاته ومتمثلة في عدم القيام بواجب المراقبة اللازمة، وبالتالي فلا تنتفي المسؤولية الأبوية بمجرد الترشد بل تبقى قائمة في حقه ولا تنتقل إلى الفاعل الأصلي عند تجاوزه سن الثامنة عشر إذ لا مسؤولية له فيما صدر عنه حينما كان قاصرا. وحيث أن القرار المطعون فيه لما اعتبر مسؤولية الأب شخصية ناتجة عن تقصيره في مراقبة ابنه المراقبة اللازمة ولا تنتقل إلى الإبن بترشده مما يجعل القيام عليه شخصيا بصفته الشخصية حتى بعد ترشد ابنه فإنها احسنت تطبيق الفصلين 93 من م إ ع و19 من م م م ت.

[1281] تعقيبي مدني عدد 12320 في 28 فيفري 2002 ، غير منشور.

هذا المصطلح كذلك الضرر الذي يتسبب فيه الطفل بوصفه حافظا للشيء، كان يمتطي دراجة خاصة ويلحق أذى بالغير. وقد يكون محققا لذلك الأذى بشيء يستعمله الوالدان فيصبحان الحافظين له[1282].

**378.** القضاء الفرنسي غير من هذه المسؤولية وصيرها مسؤولية مباشرة وموضوعية، تترتب بمجرد إضرار الطفل بالغير حتى وإن لم يرتبط ذلك الضرر بسلوك يرتب المسؤولية. وقد كان يشترط من قبل ترتيب مسؤولية الطفل. وبدأ القضاء الفرنسي التغيير بقرار Levert، وأكملها بقرارين صادرين عن الدوائر المجتمعة مؤرخين في 13 ديسمبر 2002[1283]، ليرتب مسؤولية الوالدين عن مجرد الفعل السببي للقاصر. ولم يخف الفقه معارضته لهذا التغيير الذي ساوى بين فعل الإنسان وفعل الشيء[1284].

## الفقرة الثانية : آثار مسؤولية الوالدين عن فعل الأبناء

لمعالجة هذه الآثار، يبدو منطقيا تحديد طبيعة القرينة المحمولة على الوالدين عن فعل الطفل وأثرها في نظام التفصي(أ)، للتطرق بعد ذلك إلى ازدواجها مع المسؤولية عن فعل الأشياء (ب).

---

1282 مثل السيارة ( قبل قانون 15 أوت 2005 )، تعقيبي مدني عدد 3692 في 18 فيفري 1982، ن، ج ا، ص. 396. أو الدراجة النارية، مدني عدد 40202 في 28 ماي 1996، ن، ص. 388.

1283 A.P10 mai 2001, (Levert), D.2001, 2851, rapport Guerder et note O.Tournafond, RTDciv. 2001, 601, obs.Jourdain. A.P.13 déc 2002, D. 2003, p213, p.591 note Jourdain. : La responsabilité de plein droit encourue par les père et mère exerçant l'autorité parentale sur un mineur habitant avec eux puisse être recherchée, il suffit que le dommage invoqué par la victime ait été directement causé par le fait même non fautif du mineur, que seul la force majeure ou la faute de victime peut exonèrer le père et mère de cette responsabilié; Flour et Alii, n° 197, p. 229.

1284 P. Jourdain, « Où va la responsabilité du fait d'autrui ? », A.J. Tunisiennes, n°17, 2004, p.23s.



### أ ـ طبيعة هذه القرينة

**379.** هي قرينة خطأ في القانون التونسي. ويستفيد المتضرر منها ، فيكفيه لترتيب أحكامها إثبات الأذى. ويمكن للوالدين التفصي إذا أثبت أحدهما أو كلاهما القيام بالمراقبة اللازمة. ولا يكون القيام بالتضامن ضد الوالدين معا حسب محكمة التعقيب[1285]، لأن المقصود" بالضمان هو لفائدة الدائن ولا مانع من خيار الطلب، وأن الأب هو الولي ويمكن القيام على الأب دون الأم ، والقانون لا يمنع ذلك، وأن التنقيح للفصل 93 م.إ.ع الذي خول للمتضرر حق القيام على الوالدين لا يمنع من القيام على أحدهما فقط دون آخر، بل إن حق القيام خوله المشرع للمتضرر في القيام على أحد الأبوين ولم يمنعه من القيام على أحدهما دون الآخر".

وهناك من يرى أن التفصّي يتحقق بإثبات حسن التربية فقط. بينما يشترط البعض الآخر ضرورة إثبات حسن المراقبة. والرأي أن مسؤولية الوالدين مرتبطة أساسا بالمراقبة، و قد سار القضاء نحو هذا الموقف مدعما بالنص[1286]. ويتم التفصّي بإثبات خطإ المتضرر ودوره السببي. فإن كان الوحيد في الضرر انتفت المسؤولية. ولا يتم التحلل باجتماع الأمرين لأن الفصل استعمل صيغة "أو" التي تعلقه على شرط دون أن يجتمع معه الشرط الثاني.

**380.** وفي تقدير المراقبة يأخذ القضاء بالاعتبار سن الطفل والأعراف الإجتماعية والعادات السائدة. والتفصي حق للوالدين، فإن أهمل

---

1285 تعقيبي مدني عدد 18389 في 22 أكتوبر 2002، غير منشور.

1286 من الفقهاء من انتقد شرط المساكنة لأنه لا يؤثر في حسن التربية أو سوءها.
E. Blanc, La condition de la cohabitation et la responsabilité des parents, G.P. 1982, Doc., p. 27.

القضاء الرد على دفاعهما من هذه الناحية كان خارقا للقانون[1287]. والقضاء يتشدد إذا كان فعل الطفل عنيفا أدى إلى ضرر فادح، لأن فيه دليلا على سوء التربية. ومن أمثلة ذلك إصابة طفل لعين صديقه بقاذفة حجارة[1288]. "فانطلاق الطفل في عمل مثل هذا ينسب إلى غريزة شريرة كان على الوالد أن يكبح جماحها عن طريق السهر على حسن التربية"[1289]. ويكون القضاء أكثر مرونة في التفصّي عندما يخلو فعل الطفل من كل عنف. ويندرج ما يلحقه من ضرر في ما يعتاد من تربية ورقابة. فعندما يكون الفعل الضار في شكل اصطدام دراجة عادية يقودها طفل فات عمره ستة عشرة عاما، فإن التفصّي ممكن بإثبات حسن المراقبة والتربية[1290]." فطبيعة الحادث الذي ارتكبه الطفل لا تؤكد بصفة قطعية إخلالا بواجب المراقبة أو عدم الاعتناء، وبالتالي فإن شروط الفصل 93 سند القيام غير متوفرة". والأرجح أن الشروط توفرت وأن التنصل توفر أيضا. وهو ما دققه القرار عندما أكد أن من أهم شروط قيام مسؤولية الأبوين وجود رابطة سببية بين الفعل الضار وواجب الرقابة المحمول عليهما." ففي صورة الحال يعد الحادث أمرا مفاجئا يمكن أن يصدر

[1287] تعقيبي مدني 10 ديسمبر 1981، ن. ج. 4 ص. 63.

[1288] قرار تعقيبي مدني عدد 648، في 19 جانفي 1978، ن، ص.25.

[1289] خليل جريج، ص. 221.

[1290] تعقيبي مدني عدد 2171 في 28 سبتمبر 2004، غير منشور، "وحيث أن الحكم المنتقد لما انتهج هذا المنهج يكون قد برر قضاءه تبريرا قانونيا سليما، ذلك ان من أهم شروط قيام مسؤولية الأبوين وجود رابطة سببية بين الفعل الضار وواجب الرقابة المحمول عليهما. ففي صورة الحال فإن الحادث يعد أمرا مفاجئا يمكن أن يصدر عن أي كان ولو مطيعا وخاضعا لرقابة مشددة. وحيث ان مسؤولية الولي تكون قائمة إذا كان هناك إهمال أو تقصير في الرقابة وكانت هناك علاقة وارتباط مباشر بين الخطأ والحادث. فإذا كان الحادث ليس متوقعا ولا ممكنا تلافيه والتكهن بوقوعه أو كان مباغتا فالمراقبة ما كانت لتحول دون وقوعه. وحيث أن الضرر في صورة قضية الحال وقع دون أن يكون لوقوعه علاقة بالخطأ المفترض في جانب متولي الرقابة. فوقوعه كان بسبب أجنبي، وهو الحادث المفاجئ الذي من شأنه أن يقطع الصلة ما بين التقصير المفترض وبين الضرر، وسيقع حتى لو اتخذ متولي الرقابة كل الإحتياطات المعقولة لمنعه".



من أي كان ولو كان مطيعا وخاضعا لرقابة شديدة". ويعتلي شرط الرقابة شروط التفصي دون أن ينال شرط حسن التربية موطنا له في هذا النظام.

**381.** لم تبق هذه المسؤولية قائمة في القانون الفرنسي على الخطأ بل أصبحت قرينة مسؤولية في قرار Bertrand [1291]، الذي أرسى نظاما جديدا للتفصّي في القضاء الفرنسي، يتم بإثبات القوة القاهرة والأمر الطارئ أو فعل المتضرر الذي يستغرق العلاقة السببية. وأدى هذا الموقف إلى تعميم التامين على العائلات. وانتقد الفقه هذا الموقف خاصة وأنه سيؤدي إلى عدم مسؤولية الأطفال وإهمال الكبار للناشئة.

### ب ـ مسؤولية الوالدين والمسؤولية عن فعل الأشياء

**382.** يمكن القيام ضد الوالدين أو الكافل أو الحاضن مع ترتيب المسؤولية بسبب فعل الشيء الذي كان بين يدي الطفل. ويفترض هذا أمرين. إما أن يكون الطفل حافظا لذلك الشيء، وإما أن يكون مستعملا له دون أن ينتقل الحفظ إليه[1292] ليبقى عند الوالدين. وعند اجتماع القرينتين معا يمكن التداعي على أساس إحداهما أوكلتيهما معا، باعتماد الفصلين 93 مكرر و96 م ا ع، وعلى الوالدين التفصي وفق أحكام كل قرينة.

**383.** وتولت محكمة التعقيب التطرق إلى هذه العلاقة بمناسبة تعرضها إلى الإستثناء من الضمان[1293]. وربطت بين الفصل 23[1294] من مجلة

[1291] Bertrand, Civ. 19.2.1997, R. T. D, 1997, p. 668. Dalloz, 1997. p. 265.

[1292] J. Boré, « La responsabilité des parents pour fait de choses ou des animaux dont leur enfant mineur a la garde », JCP, 1968, Chr, n°2180.

[1293] تعقيبي مدني دوائر المجتمعة عدد 29013 في 15 ماي 1997 ، قرارات الدوائر المجتمعة 1997.1996، ص. 28.

[1294] الفصل 23 من مجلة التأمين: "يتحمل المؤمن الخسائرو الأضرار التي يسببها الأشخاص الذين يكون المؤمن له مسؤولا عنهم مدنيا مهما كانت طبيعة أخطاء هؤلاء الأشخاص وخطورتها.

التأمين ومسؤولية الوالدين. وهذا يؤيد من رأى ترابطا بين المسؤولية والحفظ[1295]، وبين المسؤولية وأسسها[1296]. وتتبنى لذلك محكمة التعقيب منهجا استقرائيا فيما تصل إليه. "فمن الضروري ألا يفهم الاستثناء الوارد بالفقرة الأولى من الفصل الرابع من الأمر عدد 80 على أنه يحمي كل سارق، وإنما هو يحمي المسؤول مدنيا من أخطاء من هو مسؤول عنهم قانونا بموجب مجلة الالتزامات والعقود، كالابن القاصر أو الأجير الذي يسرق السيارة ويرتكب بها حادثا ولا تكون له السن القانونية ولا الرخصة الإدارية للسياقة". ولا يحجب هذا التعليل تشبع القرار بنظرية الضمان واستنتاجه ضرورة تمكين المتضرر من ذمة مليئة في صورة وجود التأمين. والرأي أن المحكمة تنتكس بعد ذلك عن اقترابها عموما من نظرية الحفظ القانوني، وتسلك طريقا فيه نوع من الاعوجاج المنهجي. فهي تشترط "خطأ في حفظ السيارة"، لتتولى شركة التأمين تغطية المخاطر وأداء غرم الضرر للمتضرر. وسايرت محكمة التعقيب ذلك في قرارات لاحقة[1297]. ألا يكون يسيرا أن تواصل تمسكها بالحفظ القانوني دون اشتراط "خطأ في الحفظ "؟ فقد يؤدي هذا إلى تطويع لهذا المفهوم يشارف تحريفه، والحال أنها في غنى بفضل توارد أحكام الحفظ القانوني أن تسلك هذه الطريق الوعرة.

كما يتحمل الخسائر والأضرار الناتجة عن الأشياء والحيوانات التي تكون في حفظ المؤمن له".

[1295] حبيب دحدوح. المقال السابق.

[1296] Habib Dahdouh art. précit.; Med Zine, ouvrage précit , n°365,p.253.

[1297] تعقيبي عدد 59056 في 4 فيفري 1999 ، غير منشور.



## المبحث الثالث

## المسؤولية عن فعل المختبلين

**384.** الفصل 93 ذكر أن "على كل شخص ضمان الضرر الناشئ من المختبلين وعليلي العقل المقيمين معه وإن كانوا بالغين سن الرشد ان لم يثبت إحدى الحالات التالية:

- انه راقبهم كل المراقبة اللازمة

- انه كان يجهل الحالة الخطرة للمصاب

- ان الحادث وقع بسبب خطأ من المتضرر نفسه

وينسحب الحكم المذكور على من تعهد في عقد بمراقبة المذكورين بهذا الفصل وحفظهم".

### الفقرة الأولى: شروط المسؤولية

تترتب هذه المسؤولية بتوفر ثلاثة شروط، الاختبال(أ)، وفعل المختبل(ب)، والمساكنة(ج).

#### أ ـ الاختبال

**385.** تحدث الفصل 93 عن الاختبال وعليلي العقل. وتعني علة العقل كل إصابة عميقة سواء أدت إلى جنون كامل يفقد الميز، أو إلى إصابات نفسية خطيرة وعميقة يبوبها الطب النفسي في صنف الذهان. وهي تصيب الشخصية في أعماقها وتجعل عليل العقل سريع الانفعال ومرشحا للقيام بسلوك عدواني وفجئي خطير، دون ان يدرك أبعاده. وهو ما يبرر ضرورة مراقبته

اتقاء لردود فعله غير المرتقبة، وتحسبا للخطورة التي يمثلها بسبب الاضطراب العقلي الخطير. ويزداد الأمر تأكدا خاصة وان بعض الأمراض العقلية تنعكس في أزمات متقطعة وغير مستديمة، تضطر إلى فرض رقابة على هؤلاء المرضى .

### ب ــ فعــل المختبــل

386. هو كل فعل ضار يلحق بالغير أذى. ويمكن في هذا الموطن الأخذ كذلك بمفهوم موضوعي للخطأ، فتترتب مسؤولية الغير المراقب حتى وان لم تترتب مسؤولية المختبل الشخصية وفق الفصل 105 م ا ع لانعدام الميز لديه. ويمكن لهذا الفعل أيضا ان يرتبط بالحفظ وبالمسؤولية عن فعل الأشياء إذا ما أخذنا بمسلمات نظرية الضمان وبالأساس الذي ارتضته قرارات الدوائر المجتمعة للفصل 96 م ا ع منذ 1995[1298]. فتقوم المسؤولية على أساس الحفظ لدى المختبل بدون حاجة للميز وفق تفسير لقرارات الدوائر المجتمعة.

### ج ــ المساكنــــــة

387. تعني الإقامة والتعايش بين المختبل ومن تكفل بمراقبته. وتكون أساسا للرعاية له. إذا تعدد الأشخاص الذين يساكنهم المختبل فهل يعد جميعهم مسؤولين عن فعله ؟ الإجابة ان هذه المسؤولية تحمل على الأب والأم، ثم الأقارب بحسب درجات القرابة . أما إذا أمكن تحديد الشخص الذي يشرف على مراقبة المختبل، فانه يكون المسؤول عن فعل المختبل. ويضيف الفصل انه عند إيواء المختبل في مصحة أو مستشفى فان إقامته تقطع شرط المساكنة وتقيم واجب الرقابة على المؤسسة .

---

1298 قرار Trichard في القضاء الفرنسي اعتبر وجود الحفظ عند المجنون بفضل تصور موضوعي صرف لهذا المفهوم.



## الفقرة الثانية: آثار المسؤولية

تدعو دراسة الآثار إلى التوقف عند أساس المسؤولية(أ)، ثم إلى التفصي من القرينة التي تقوم على المراقب(ب).

### أ ــ أساسهـــــا

388. الفصل 93 جديد أقام هذه المسؤولية على قرينة الخطأ في المراقبة. وقد اتضح هذا الاساس في التنقيح الجديد الذي اشترط اثبات احدى الحالات التي تؤدي الى التفصي، فأجلى الغموض الذي اعترى النص القديم، والذي كان يشترط للتفصي اثبات الأمور الثلاثة المجتمعة حسب ظاهر النص، والحال انه كان يقوم على قرينة خطأ.

### ب ــ التفصي من قرينة الخطأ

389. يكون بإثبات إحدى الأمور الواردة بالفصل 93 . وهي جهل حالة الخطورة لدى المختبل. وهو جهل يقصي واجب الرقابة، لانه يقوم على غلط في الواقع. فالشخص لم يدرك حقيقة خطورة الاضطراب النفسي والعصبي للمختبل. وهذا جائز لان هناك عللا نفسية شخصها الطب النفسي، ويبدو صاحبها عاديا مأمون الجانب، في حين انه يصبح عندما تنتابه النوبة اعصارا هادرا فاقدا لادراكه. وتأتي بعد ذلك مراقبة المختبل المراقبة اللازمة، وهو نفي للخطأ، ويتم تقديره وفق معيار ربّ الأسرة الصالح. وأخيرا يمكن إثبات ان الضرر حصل بفعل المتضرر. وفيه أيضا نفي الخطأ في جانب المسؤول عن المراقبة. ولا بد ان يستغرق فعل المتضرر كل العلاقة السببية بين الفعل والضرر.

## المبحث الرابع

## مسؤولية أرباب الصنائع عن فعل متدربيهم

## La responsabilité des artisans du fait de leurs apprentis

**390**. تعرض لها الفصل 93 مكرر الذي ذكر ان أرباب الصنائع والمعلمين مسؤولون عن الضرر الناشئ عن متدربيهم وتلاميذهم طيلة المدة التي هم فيها تحت نظرهم . وتنتفي المسؤولية المذكورة اذا اثبت ارباب الصنائع:

- انهم راقبوا الطفل كل المراقبة اللازمة.
- أو ان الضرر نتج عن خطإ من المتضرر نفسه .

أدرجت هذه المسؤولية مع نظام مسؤولية الوالدين عن فعل الأطفال، لأن المتدرب كان يعتبر من الناحية الاجتماعية فردا من أفراد العائلة[1299]. و قد تأثرت المجلة بالتقنين الفرنسي الذي وضع لهما نظاما متطابقا[1300]، وهو ما يفسر أن من الفقهاء من أدمج دراستهما معا[1301] . ولمعرفة آثارها(**فقرة ثانية**)، سيتم التعرض لشروطها( **فقرة أولى**).

### الفقرة الأولى: شروط المسؤولية

هناك شرطان لترتيب المسؤولية: علاقة التدريب(**أ**)، وفعل المتدرب(**ب**).

[1299] Carbonnier, Les obligations, 22e éd., 2000, n° 238, p. 432 ….l'apprenti, nourri et logé chez le maître, faisait partie de la famille.

[1300] Lamy Droit de la responsabilité civile, 2010, n° 249-15.

[1301] M. Bacache- Gibeili, Les obligations, préc. n°232, p. 256.



### أ ــ علاقة التدريب

**391**. علاقة التدريب نظمتها مجلة الشغل[1302] في الفصل 356، وتربط الحرفي بالمتدرب. واقتضى الفصل 23 من القانون عدد 10 المؤرخ في 17 فيفري 1993 والمنقح في 30 جانفي 2001 أن "عقد التدريب عقد يلتزم بمقتضاه معلم التدريب بإعطاء المتدرب إما مباشرة أو تحت مسؤوليته تكوينا له علاقة بالتاهيل المراد تحقيقه"[1303]. والوصف القانوني لهذه العلاقة أساسي لانطباق الفصل 93 مكرر، لأن انتفاء ذلك الوصف يؤدّي إلى انتفاء أحكام هذه المسؤولية. وتعني تلك العلاقة تلقي الطفل المتدرب أصول حرفة معينة في مدة زمنية محدودة. ويتكفل رب الصنعة ــ مع وجود علاقة التبعية ــ بالسهر على تكوين شامل ينمي معرفته النظرية والعملية. وله أن يرسله إلى مؤسسات اقتصادية يستكمل فيها حذقه لأصول المهنة. فإذا كانت العلاقة متواصلة وفيها خضوع اقتصادي أو قانوني، فانها تنقلب إلى علاقة شغلية تخرج عن إطار الفصل 93 مكرر. وتنضوي تحت إطار مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه. فعلاقة التدريب على عكس علاقة المؤجر بأجيره تلزم الحرفي بالاشراف على التكوين المهني للمتدرب وتعليمه أصول المهنة، ومراقبته اثناء ذلك مراقبة ضرورية الى حين اكتسابه المهارة الدنيا. وباستطاعته ان يصبح بعد ذلك حرفيا . وتختلف علاقة التدريب عن علاقة التعليم. فالحرفي ليس معلما صرفا، لأن هذا موظف يدرّس مجانا، في حين أن المتدرب يتولى القيام بخدمات لصالح

[1302] زكية الصافي، قانون الشغل. عقد الشغل مركز النشر الجامعي 2006، ص. 66 وما بعدها. قانون عدد 10 لسنة 1993 المؤرخ في 17 فيفري 1993 المنقح في 30 جانفي 2001 بالقانون عدد 15 لسنة 2001.

[1303] أضاف القضاء في القرار التعقيبي الصادر عن الدوائر المجتمعة تحت عدد 16622 في 26 ديسمبر 2002، نشرية قرارات الدوائر المجتمعة سنة 2003/2002، ص. 167:" كلمة الصناع الواردة بالفقرة الخامسة من الفصل 403 م ا ع مصطلح لغوي وعرفي محلي(تونسي)، يعني صنفا من الأجراء عادة ما يكون عاملا بصدد التدريب".

الحرفي وفق التزامات يضبطها العرف. ويتوسط الحرفي مركز المتبوع المنتفع من خدمة التابع، ومركز المعلم بفضل تأطيره البيداغوجي للمتدرب. وتبرر هذه الخاصية عدم تحمله مسؤولية موضوعية صارمة على غرار المتبوع، لتتحول من باب التيسير إلى عبء ذاتي قوامه قرينة الخطإ[1304].

**392.** ويقوم واجب المراقبة أثناء التدريب فقط، ولا يتواصل خارجه حتى وإن كان المتدرب مساكنا للحرفي. ولكن التوازي مع مسؤولية الوالدين، واصطباغ العلاقة مع رب الصنعة بدور تأطيري واضح يؤديان إلى مراجعة الرأي ليمتد ذلك الواجب خارج أوقات التدريب[1305]. وقد تتظافر قرينة الفصل 93 مكرر بالنسبة لأصحاب الحرفة مع قرائن أخرى، كأن يكون الحرفي والدا له، أو أن يكون المتدرب مصابا عقليا و في حاجة للمراقبة .

الفصل 93 مكرر تحدث عن الطفل وتحدث أيضا عن المتدرب ويؤدي هذا الى ترتيب المسؤولية وجوبا بشرط ان يكون المتدرب دون 18 من عمره إذا تم تعريف الطفل وفق أحكام مجلة حقوق الطفل، أو دون العشرين قياسا على فقه القضاء الصادر في مسؤولية الوالدين[1306] قبل تنقيح جويلية 2010. وترفع المجلة إذن في هذا الموطن كل التباس عن نظام المسؤولية، لتبقى متسقة

---

[1304] Obs. Durry G., RTDciv. 1981, p. 159.

[1305] Cass. 2ème civ. 15 oct. 1980, n° 78-15.853, Gaz. Pal. 1981, 1, pan. p. 63 ; Cass. crim. 5 oct. 1961, Bull. crim. n° 385 : l'apprenti logé chez son patron est « soumis à son autorité même en dehors des heures plus particulièrement consacrées au travail » ; Cass. crim., 30 juin 1943, JCP G 1943, II, n° 2383, note J. D. : l'apprenti logé chez son patron est soumis « à la surveillance constante de celui-ci » ; CA Grenoble, 18 mai 1953, D. 1953, jur., p. 449 : « la jurisprudence décide qu'un apprenti mineur est sous la constante surveillance de l'artisan, quand il est par celui-ci logé et nourri ».

[1306] محكمة الاستئناف بصفاقس قرار عدد 90194 بتاريخ 9 نوفمبر 2004، غير منشورسابق الذكر، وقد تم رفض مطلب التعقيب أصلا في القرار التعقيبي الجزائي عدد 13567 في 16 مارس 2005 ، غير منشور، سابق الذكر.



مع أصولها التاريخية الأولى، عندما قامت لتعوّض مسؤولية الوالدين[1307]. وبخلاف ذلك أدى تطور القانون الفرنسي إلى غموض لفّ هذا الأمر. فالفصل 1384 فقرة 6 نظير الفصل 93 م.ا.ع موضع جدل فقهي، يراه البعض مرتبطا بالمسؤولية عن فعل المتدرب القاصر[1308]، ليعارض رأيا آخر استند إلى الصيغة العامة للقاعدة[1309]، التي لا تفرق بين المتدرب القاصر والرشيد، مدعمة بأحكام مجلة الشغل الفرنسية التي تضبط سن المتأهل بين السادسة عشرة و الخامسة و العشرين[1310].

### ب ــ فعل المتدرب

**393.** الفصل 93 مكرر يتعرض لفعل المتدرب. ويفيد هذا الخطأ الذاتي، او الخطأ الموضوعي، او فعل الشيء الذي يكون مستعملا من المتدرب أو في حفظه أو في حفظ الحرفي، تماما كما يلمس الأمر في مسؤولية الوالدين عن فعل الأطفال. وقد وسع الفصل 23 من قانون 17 فيفري 1993 الحيز الزمني و الظرف المكاني لمراقبة رب الصنعة للمتدرب. فقد اقتضى الفصل 356 م.ش أنه محمول على المؤجر إذا كان المتدرب تحت نظره، في حين نقلها الفصل 23 إلى كل مؤسسة تكوين، حتى وإن لم تكن تحت إشراف رب الصنعة. ولكن نظام القانون الفرنسي مختلف عن النظام التونسي، لأن تحول المتدرب إلى منشأة أخرى يقتضي قيام اتفاق يلزمها بضمان المسؤولية المدنية

---

[1307] ويمكن ايضا اعتماد أحكام القانون المنظمة لهذا العقد باشتراطه رفع سقف السن إلى مرحلة معينة.

[1308] Aubry et Rau, Droit civil français, t. VI-2, Responsabilité délictuelle, Litec, 8ème éd., par Dejean de la Bâtie , 1989, n° 101.

[1309] Sériaux A., Droit des obligations, PUF, 2e éd., 1998, n° 119 ; Flour J., Aubert J.-L. et Savaux E., Les obligations, vol. 2, Le fait juridique, Armand Colin, 11ème éd., 2005, n° 192 ; Terré F., Simler Ph. et Lequette Y., Droit civil, Les obligations, Dalloz, 9ème éd., 2005, n° 825

[1310] C. trav., art. L. 117-3.

عن فعل المتدرب[1311]. ولكن التكوين النظري لا ينفي واجب المراقبة عن الحرفي حتى عند دخوله في مؤسسة أخرى باعتباره مندمجا في التدريب ، رغما عن أن الفقه أميل للتأكيد على انقطاع المراقبة وعدم ترتيب مسؤولية الحرفي[1312].

ولا تمتد الرقابة إلى الطريق الذي يسلكه المتدرب سعيا نحو المنشأة انطلاقا من سكناه، بينما تقوم أثناء كل المسافات المقطوعة بينها وبين مراكز التكوين[1313]. ولايفوت مع هذا التعرض إلى التوازي النسبي مع مسؤولية المتبوع عن فعل التابع في ارتباط الفعل بالوظيفة، لنراها غائبة في فعل المتدرب. وقد بلور القضاء الفرنسي تلك التفرقة بمقارنة دقيقة[1314].

## الفقرة الثانية: آثار المسؤولية

ينبغي لإدراكها التعرض إلى طبيعة القرينة (أ)، ثم إلى اقترانها بأنظمة المسؤولية الأخرى عن فعل الغير وتقييمها (ب).

1311 Article R. 117-5-1, alinéa 2, du Code du travail français.
1312 Viney G. et Jourdain P., Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, LGDJ 3e éd., 2006, n° 895, p.1154 ; Buhler K., La responsabilité civile du fait des mineurs, thèse Caen, 1999, p. 298.
1313 Lamy Droit de la responsabilité civile, 2010, n° 249-15.
1314 CA Grenoble, 18 mai 1953, D. 1953, jur., p. 449 : « Attendu que si les maîtres et commettants sont responsables du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils sont employés, les artisans le sont du dommage causé par leurs apprentis pendant le temps que ces derniers sont sous leur surveillance ; qu'ainsi le champ de la responsabilité des artisans, qui sont des éducateurs, est beaucoup plus vaste que celui des maîtres et commettants ».



### أ ــ طبيعة القرينة

**394.** إذا اجتمعت هذه الشروط، يصبح صاحب الحرفة مطالبا بالتفصي من قرينة خطإ، وذلك بإثبات أحد الأمرين: أولا أنه راقب الطفل المراقبة اللازمة، أو أن الضرر تحقق بفعل المتضرر وحده. والظاهر أن القرينة قرينة خطأ. وقد مكن التنقيح من إيضاح هذا الأمر، لأن صيغة الفصل 93 قديم كانت توحي باجتماع الشرطين معا للتفصي، وهو أمر عسير يثير الغموض حول أساس هذه القرينة، فتفادى التنقيح الجديد كل ذلك. وتقاربت بشكل قاطع مع قرينة الخطأ القائمة على الوالدين. وتبعا لهذا، فإن تطور مسؤولية الوالدين في القانون الفرنسي وتحولها إلى مسؤولية موضوعية تضع على بساط الدرس إعادة النظر في نظام التزام الحرفي بمراقبة المتدرب، ليكتسب منطقيا طبيعة موضوعية لايتصور فيها التفصي إلا بإثبات القوة القاهرة. فالحكمة تقتضي تفسيرا موحدا لأحكام متجانسة[1315]. ويمكن التداعي ضد المتدرب على أساس المسؤولية الشخصية أو متضامنا مع الحرفي.

**395.** ويبسط التفصي العلاقة بين مسؤولية الحرفي و مسؤولية الوالدين لتناوبهما واجب الرقابة. فمن الواجبات إعلام الولي عند تغيب المتدرب أو حصول أي أمر يستدعي تدخله. فهل يستساغ اجتماع أحكام القرينتين؟ الاستئناس بالقضاء الفرنسي يبين أنه سار تماما في نظام تناوبي لهما، كلمااجتمعت أنظمة المسؤولية عن فعل الغير[1316]، فلا يقبل بتواردهما،[1317] رغم

1315 Viney et Jourdain, Les conditions, n°896, p. 1154.
1316 Cass. crim., 8 févr. 2005, n° 03-87.447, Bull. crim., n° 44, Resp. civ. assur. 2005, comm. 118, note Groutel H., JCP G 2005, I, n° 149, obs. Viney G., JCP G 2005, II, n° 10049, note Steinlé-Feuerbach.
1317 Flour J., Aubert J.-L. et Savaux E., Les obligations, vol. 2, Le fait juridique, Sirey Université, 13e éd., 2009, n° 202, p. 239 ; Viney G. et Jourdain P., Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, LGDJ, 2e éd., 1998,

انتصار البعض لذلك[1318]. ولا تلمس فائدة واضحة من تخيير إحداهما على الأخرى في النظام التونسي لتطابق نظاميهما، وعدم تصور تأمين الحرفي لمسؤوليته.

### ب – تقييم الفائدة من القرينة

**396.** يتقاطع التأهيل الذي يخضع له المتدرب تحت إشراف الحرفي مع واجب الرقابة الذي يمارسه الوالدان بوصفهما صاحبي السلطة على الطفل. وتثري قائمة حالات المسؤولية عن فعل الغير التي تبقى استثنائية في القانون التونسي. ولكن التناوب بين القرينتين يؤدي إلى تدرج في أنظمة المسؤولية عن فعل الغيريتجافى مع غايات المسؤولية التعويضية، فيزداد نطاقها ضيقا في القانون التونسي. وفي التضامن بين الوالدين والحرفي على معنى الفصل 108 م.إ.ع مزية تجنب هذا المأخذ ليجتمعوا حول واجب المراقبة. وفيه أيضا انسجام مع مفهوم المساكنة الذي تبناه القضاء في قرار 2003، وهو يتوخى رؤية مجردة وافتراضية للمفهوم، تنبع من التزام الوالدين بإقامة القاصر عندهما.

**397.** وبسبب فقدان التطبيق العملي لها، يجوز التساؤل عن جدوى هذه القرينة المهجورة التي تتوارد مع قواعد أخرى. ولايبسط التساؤل بنفس المعطيات في الأنظمة المقارنة التي خصصت مبدأ عاما للمسؤولية عن فعل الغير، أو حتى التي أفردت مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه بقاعدة خاصة، فقد تعالى نداء الفقه فيها لإلغاء مسؤولية أرباب الصنائع لتحولها قسرا- انعكاسا لما طرأ من تحول نحو الموضوعية لحالات المسؤولية الأخرى-، إلى نفس

n° 896; Le Tourneau Ph., et Alii, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz action, 2010/2011, n° 7480, p. 1647; Terré F., Simler Ph. et Lequette Y., Droit civil, Les obligations, Dalloz, 9e éd., 2005, n° 825.

[1318] Fabre-Magnan, La responsabilité civile et quasi-contrats, n°132, p. 310; Le Tourneau Ph., et Alii, op. cit.



الخندق الموضوعي، كشأن القانون الفرنسي[1319] الذي لم يولها أي نص في مشروع إعادة صياغة قانون الالتزامات الفرنسي. ويستحسن أن يتم تنقيح المجلة واستبدالها بأحكام مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه، حتى ترفع المجلة إهمالها الذي يتبعها إلى حد اليوم، و لتنسجم أحكام المسؤولية مع النفس الموضوعي الذي امتزج بها في هذا الموطن. و لايثني ارتفاع كلفة التدريب ، واحتمال تراجعه بسبب ذلك كسبيل للتأهيل المهني عن دعم هذا التنقيح، لاسيما عندما تكون الدولة هي المشرفة عليه.

## المبحث الخامس

## مسؤولية المعلمين عن فعل التلاميذ

**398.** تعرض لها الفصل 93 مكرر وسحب عليها أحكام مسؤولية الحرفي عن فعل المتدرب. وأضاف ذلك الفصل ان "الغلطة أو الغفلة أو الإهمال المستند عليها ضدهم بصفة كونهم تسببوا في الضرر يجب على المدعي إثباتها وقت المرافعة طبق القانون العام" .

جاء الفصل 93 م ا ع مكرر ليخضع مسؤولية المعلمين عن فعل التلاميذ إلى نفس النظام القانوني لمسؤولية الوالدين. ويقابله في القانون المقارن الفصل 1384 ف. 6 م م فرنسية، الذي شهد في سنة 1804 تطابقا بينها وبين مسؤولية أرباب الصنائع عن فعل المتدربين، بقيام قرينة خطأ في الوضعيتين. ولكن التنقيح الذي لحق بالقانون الفرنسي في 5 أفريل 1937 ألغى تلك القرينة، وكان بإمكانه الوقوف عند هذا الحد لتصبح الأحكام العامة منطبقة، ولا سيما

[1319] Flour J., Aubert J.-L. et Savaux E., op. cit., n° 202 ; Viney G. et Jourdain P., Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, n° 896, p.1154 ; Le Tourneau Ph., et Alii, idem. ; Terré F., Simler Ph. et Lequette Y., Droit civil, Les obligations, Dalloz, 10e éd., 2009, n° 825, p. 826.

أحكام الفصل 1382 من م م فرنسية، إلا أنه أضاف فقرة 8 للفصل 1384، ليرتب مسؤوليتهم على أساس خطإ في مراقبة التلاميذ، أدى إلى تسببهم في الضرر[1320].

**399.** وإتبع النظام التونسي تطورا موازيا للنظام الفرنسي[1321] . فلم يكن الفصل 93 من م ا ع متعرضا اصلا لتلك الحالة الخاصة في المسؤولية. وقد ورد بعد ذلك أمر 17 سبتمبر 1937[1322]، الذي ينص في فصله الأول : " تعوض مسؤولية أعضاء التعليم العمومي بمسؤولية الدولة بحيث لا يمكن أبدا مطالبتهم لدى المحاكم المدنية من طرف المتضرر أو نوابه وذلك في جميع الصور التي تعود فيها المسؤولية على أعضاء التعليم العمومي إثر أو عند وقوع ضرر إما نشأ من الأطفال أو الشبان الموكول أمرهم لهم حسبما تقتضيه خططهم وإما لحق هؤلاء الأطفال أو الشبان على الصورة المذكورة. وهكذا يكون العمل كلما كان الأطفال أو الشبان الموكول أمرهم على الصورة المذكورة لأعضاء التعليم العمومي تحت حراسة هؤلاء الأخيرين في الذكر مدة الدراسة أو خارجها لغاية التربية الأدبية أو البدنية بما لا تحجره التراتيب. ويمكن للدولة أن تقوم بدعوى الرجوع إما على المعلم أو على الغير طبق القانون العام...". وهذا الأمر لم ينقح الفصل 93 م ا ع، إذ نقح بنص حامل لنفس التاريخ أي 17 سبتمبر 1937[1323]، وحول صيغته إلى التي وردت سابقا[1324]، بعد أن كانت

[1320] Fabre– Magnan, n°133, p311 s : M. Bacache- Gibeili, Les obligations, préc. n°294, p. 318. F. Leduc, Les rapports entre les différentes responsabilités pour autrui, Actualités et évolutions, Res. Civ. ass. 2000, p. 18.

[1321] أكرم بلحاج رحومة، "مسؤولية الدولة عوضا عن أعضاء التعليم العمومي"، الدراسات القانونية 2006، عدد خاص: المسؤولية الإدارية ص. 201 وما بعدها.

[1322] الرائد الرسمي المؤرخ في 24 سبتمبر 1937 ، ص. 5.

[1323] الرائد الرسمي المؤرخ في 24 سبتمبر 1937 ، ص. 5.

[1324] حول تنازع هذه النصوص، العرض الدقيق للقرار الاستئنافي عدد 39888 المؤرخ في 28 جوان 1978، م. ت. ق. 1978، ج II، ص. 26 مع تعليق م.ع. هاشم.



بمقتضى الأمر العلي المؤرخ في 18 نوفمبر 1929 تضع قرينة خطإ على رجل التعليم قائمة على الإخلال بواجب مراقبة التلاميذ، ومؤدية إلى التعويض عن الأضرار التي يتسبب فيها التلاميذ، دون أن تشمل الأضرار اللاحقة بهم[1325].

**400.** ولم يبق للقرينة وجود، إذ أن علة المسؤولية هي الإخلال بالمراقبة، وعلى المدعي تحمل ذلك وفق الصيغة الظاهرة للفصل 93 م ا ع، تماما كما كان الشأن بمقتضى قانون 5 أفريل 1937 الفرنسي. وانتهى التطور التشريعي باسناد الاختصاص إلى المحاكم الإدارية في قانون 3 جوان 1996، بعد أن كان من أنظار المحاكم العدلية[1326]. فقد نص الفصل الأول من هذا القانون على أنه "تختص المحكمة الإدارية بالنظر في دعاوى... مسؤولية الدولة التي تحل محل أعضاء التعليم العمومي في نطاق التشريع الجاري به العمل". إلا أن النظام الفرنسي استبقى اختصاص القضاء العدلي[1327]، فلم تصر الأمور إلى ما انتهى إليه نظامنا.

**401.** ويلمس من الأنظمة المقارنة تخصيص هذه المسؤولية برؤية مميزة. فتلك التي أرست قرينة مسؤولية على المتعهد بالمراقبة كشأن القانون السويسري والألماني تجاوزت تلك القرينة عندما يتعلق الأمر بمسؤولية المعلم.

[1325] ولا قيام على المعلم في الدعوى فالدولة هي التي تتحمل التعويض عما لحق الدارسين من اضرار، وهذا النص لا يفرق بين الخطأ الشخصي والخطإ المرفقي.

[1326] حول النقاش في اختصاص النظام العدلي دون الإداري، قرار محكمة الاستئناف عدد 39888 سابق الذكر، كذلك تعقيبي مدني عدد 669 في 4 فيفري 1960 م. ق. ت.ص. 63: تعقيبي مدني عدد 12703 مؤرخ في 29 جانفي 1986 ص. 273. تعقيبي 4 فيفري 1960.م ق. ت.1960، عدد 1، ص.26.

[1327] Lamy, Responsabilté civile 2010, n°130-54.

كما أن النظام البلجيكي نظير القانون الفرنسي استبقى هو الآخر نظام قرينة الخطأ في نصوصه ليفرغها من كامل محتواها في التطبيق[1328].

هذه المسؤولية تقوم على أساس خطأ المعلم في ممارسته لوظيفته، ولا تقوم على قرينة الخطأ في المراقبة. وبالتالي لا يمكن التفصّي منها إذا ثبت خطأ المعلم، إذ هي لا تقوم إلا بقيامه. وتبقى الدولة مبدئيا مسؤولة عن خطإ المعلم.

ولابد إذن من التطرق إلى شروط المسؤولية(أ)، قبل التعرض إلى نظام التعويض (ب).

### أ ــ شروط المسؤولية

تقتضي الشروط تعريف رجل التعليم، ثم مفهوم الخطإ الذي يرتب مسؤوليته.

#### 1 ــ المعلـــــم

**402.** يفيد المعلم مبدئيا الموظف الذي يتولى التدريس في المرحلة الابتدائية. المقصود بالمعلم أيضا كل أعضاء التعليم العمومي، أي الأشخاص الطبيعيين دون الذوات المعنوية التي تبقى منطقيا خاضعة لنظام المساءلة الإدارية [1329]. ولكن القرار الاستئنافي الصادر عن محكمة تونس ارتأى تطبيقه على جمعية المصائف الاسلامية، بسبب الغفلة في مراقبة التلاميذ

[1328] G.Viney, P.Jourdain, Les conditions, n° 897, p.1155.

[1329] لأن النص قد ميز المعلمين بالقطاع العمومي بأحكام خاصة في المسؤولية لا أكثر و لا أقل.
G. Viney et P. Jourdain, n° 916, p. 1169.



المصطافين الناشئة عن التسامح في الحراسة[1330]. وقد تردد القضاء الفرنسي أيضا حول هذه النقطة، فسحب تلك الأحكام على بعض الذوات المعنوية في مرحلة سابقة، قبل أن توضح محكمة التعقيب الفرنسية الموقف الصائب بموافقة من الفقه.

وهذا المصطلح "وارد بالأمر المؤرخ في 17 سبتمبر 1937 المتعلق بتعويض مسؤولية الدولة، ويقصد به المعلمون والمدربون العاملون في مدارس التعليم أو التكوين المهني الراجع للدولة". هذا التعريف جاء في مداولات مجلس النواب[1331]. وبما أن النص خاص بهذا السلك فلا يمكن توسيع النص ليشمل كل من يتولى القيام بمهمة تعليمية، كمن يعلم السباحة أو السياقة أو أي مادة أخرى. بل إن المسؤولية تنحصر في القطاع العمومي دون قطاع التعليم الخاص[1332]. ويعزى ذلك إلى حرية اختيار التلاميذ في القطاع الخاص وانتفائها في القطاع العمومي[1333]، وهو تعليل فيه نظر لأن الرقابة تندمج في وظيفة التعليم ولا تعتبر أثرا من آثار انتقاء التلاميذ.

**403.** خطأ المعلم وفق الفصل 93 مكرر هو الغفلة والإهمال والغلطة في المراقبة. ولا يخفى من هذا التطور التخلي عن قرينة الخطأ التي كانت أساس القيام قبل تنقيح الفصل، بتأثير رجال التعليم، حتى لا تترتب مسؤوليتهم إلا عندما يثبت المتضرر الخطأ الشخصي للمعلم. وهو خطأ يرتبط بالتزامه بالمراقبة. فهل يشمل بذلك كل مؤسسات التعليم بما فيها تلك التي يتراجع فيها

[1330] محكمة الإستئناف بتونس عدد 19633، 11 ماي 1960، القضاء والتشريع 1960 عدد 8، ص.59.

[1331] الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 38، جلسة الثلاثاء 28 ماي 1996 ص. 4.

[1332] القانون الفرنسي سحب بنص خاص هذا النظام الحماني على رجال التعليم الخاص إذا أبرمت المؤسسة عقد تعاون مع الدولة، وذلك بمقتضى قانون 22 أفريل 1960.

[1333] محمد المالقي، محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، مركز النشر الجامعي، تونس، 2003، ص. 126.

واجب المراقبة أو يتنحى بفضل العمر المتقدم للدارسين وبلوغهم مرحلة الرشد؟ وهنا إشارة إلى مدى انطباق هذه المسؤولية في التعليم العالي حيث لا تتصور الرقابة على الطلبة، لتبقى مستساغة بأكثر يسر في المرحلتين الابتدائية والثانوية. ويزداد التساؤل إلحاحا بالنظر إلى ورود مصطلح الطفل في بداية صيغة الفصل. قدم القضاء الفرنسي إجابة تراوحت بين الرفض المبدئي لمسؤولية سلك التعليم العالي في البداية[1334]، ليدفع ذلك الرفض جانبا عندما يتحتم القيام بالمراقبة في الجامعات إذا حفت مخاطر محتملة بالنشاط العلمي[1335]. توسع القضاء الفرنسي بسحب أحكام هذه المسؤولية على الإطار المساعد للتعليم[1336]، مثل أعوان المخابر الذين يشرفون على تجهيز كل مستلزمات التجارب، والذين يشرفون على مراقبة التلاميذ والطلبة عند استعمالها خارج أوقات التدريس. وهو توسع منطقي بالنظر إلى تطور العلوم التجريبية والطبية، وبالنظر إلى أساس هذه المسؤولية التي تقوم ضد الدولة. وعموما، فرق القضاء الفرنسي في خصوص الأعوان التابعين الذين لا يباشرون التعليم بين أولئك الذين يقومون بشغل منفصل تماما عن خطة التعليم، مثل الملحقين بالمصلحة الإقتصادية أو الصحية أو التوثيقية، ليبقوا في منأى عن نظام مسؤولية المعلمين[1337]، وبين أولئك الذين يشرفون على المراقبة وتنظيم

[1334] V.Angres, 3 mars 1936, S, 1937, 2, 49, note Delpech.

[1335] Civ.2$^{e}$, 15 avril, 1961, Bull. civ, II, p, 202 ; CE, 29 Juillet 1950, Merlin, Rec. Lebon, p, 484. G. Viney et P. Jourdain, n° 917, p. 1171.

[1336] وقد طبقه القضاء الفرنسي على عامل وضع على ذمة المدارس كمعين بيداغوجي.
Civ. 2éme, 13 décembre 2001, D. 2002, 1517, note Hunter- Hénin, RTDciv. 2002, 312, obs. Jourdain.

[1337] TGI Avranches, 29 avr. 1963, D. 1963, somm.p 109 ; TA Paris, 24 nov. 1966, JCP 1967, 15136.



الدروس[1338]، وهم معنيون بذلك النظام بشرط إثبات خطإ الدولة في المراقبة[1339].

**404.** لم تسنح الفرصة للقضاء العدلي للبت في الأمر لما كانت قضايا التعويض من أنظاره. ولكن القضاء الإداري، لما رتب مسؤولية الدولة عن الحوادث التي جدت بمؤسسات التعليم العالي، ترك جانبا الفصل 93 مكرر ولم يشترط الخطإ الشخصي لدى المنتمين لذلك السلك. وانتهج في تأسيس قضائه " على الخطإ المرفقي[1340] وعلى المسؤولية الموضوعية[1341]، دون الإشارة إلى الإخلال بواجب المراقبة على معنى أمر 17 سبتمبر 1937"[1342]. ولم تثن صيغة الفصل القضاء عن أن يشمل الأعوان الإداريين بأحكام المسؤولية. فقد رتب القضاء العدلي مسؤولية الدولة عن خطإ القيمين في المراقبة، على معنى الفصل 93 م.ا.ع[1343]، وهو ما ذهب إليه القضاء الإداري أيضا مع اعتماد

[1338] G. Viney et P. Jourdain, n° 917, p. 1161, et les références citées dans la note 314.

[1339] تعقيبي مدني 30 نوفمبر 1981، النشرية 18، جزء IV، ص. 177 .

[1340] المحكمة الإدارية، استئنافي، 17 ديسمبر 1999، القضية عدد 21978، م ع ن د في حق وزارة التعليم التعليم العالي/ خليفة الماكني، المجموعة ص. 536.

[1341] المحكمة الإدارية، ابتدائي، 26 جانفي 2001، القضية عدد 16313، نورالدين/ م ع ن د في حق وزارة التعليم العالي، المجموعة ص.23.

[1342] أكرم بلحاج رحومة، "مسؤولية الدولة عوضا عن أعضاء التعليم العمومي"، المقال سابق الذكر،ص. 182، ليتمادى موقفها عند تحطم طائرة بمدرسة الطيران المدني ببرج العامري اودت بحياة التلميذ الذي كان يتعلم عليها القيادة، المحكمة الإدارية، استئنافي، 17 جويلية 1989، القضية عدد 354، ورثة توفيق جابر / م ع ن د في حق وزارة التجهيز و النقل، المجموعة ص. 211. أو عندما داست تلميذا عريفا بالجيش عربة يسوقها تلميذ أخر، المحكمة الإدارية، استئنافي، 15 جويلية 2004، القضية عدد 24798، م ع ن د في حق وزارة الدفاع الوطني/ورثة بوبكر قوي، غير منشور. وهي قرارات ذكرها وحللها أكرم بلحاج رحومة في مقاله السابق، نفس الصفحة.

[1343] "وحيث أن المدرسة أخطات هي أيضا بعدم مراقبتها للتلاميذ الداخلين أو الخارجين من المدرسة زمن الدراسة الذي يوافق زمن الامتحان بالنسبة للتلميذ المذكور ومن عدم اتخاذها الاحتياطات الكاملة لمنع التلاميذ من مغادرة المدرسة زمن الدراسة وذلك بغلق بابها وكذلك من عدم تفقد أعوانها لأقسام الامتحانات حتى يكونوا على علم مما يجري داخل هذه الأقسام...".

الخطإ المرفقي[1344]. ومع ذلك فإن خطأ المراقبة يبقى حجر الزاوية في هذه المسؤولية، وهو ما يستدعي الوقوف على مدلوله.

### 2 ـ خطأ المعلم

**405.** يثير الفصل مسألة تفسيرية ذات بال. فالتساؤل مشروع حول أبعاده القانونية. فهل إن مسؤولية المعلم لا تقوم إلا بالخطإ الشخصي واجب الإثبات، أم هل تراها ممكنة القيام على أساس مسؤوليته الشيئية بوصفه حافظا لما تسبب به من ضرر، وحينها يتسع نطاق النص ليشمل المسؤولية الموضوعية للمعلم[1345]؟ كان القضاء الفرنسي سباقا للإجابة عن هذا الإشكال، ليؤكد أن نظام مسؤولية المعلم يقصي المسؤولية الشيئية وكل نظام موضوعي[1346]، وأنه ينحصر في المسؤولية الشخصية التي يجب ان يثبت فيها الخطأ[1347].

**406.** وقد تطرق القضاء العدلي قبل تنقيح 1996 إلى تطبيقات الخطإ في المراقبة. وهو مرتبط منطقيا بالخطإ المقترف من التلميذ عند تراخي المعلم أو غفلته عن إتيان هذا الواجب. فلا وجاهة للبحث عنه طالما لم يصدر من التلميذ سلوك يغري بربطه بخطإ معلمه[1348]. وهو خطأ شخصي، وليس خطأ

[1344] أكرم بلحاج رحومة، المصدر السابق، وذكر مرجع المحكمة الإدارية، ابتدائي، 17 نوفمبر 1999، قضية عدد 15918، البرني بن جفال / م ع ن د في حق وزارة التربية، المجموعة، ص. 256. "خطأ إدارة المدرسة ثابت ولا لبس فيه ويتمثل في تقصيرها في قيامها بواجب مراقبة ورعاية التلاميذ المحمول عليها وتأمين خروجهم من المدرسة في أحسن الظروف وذلك بأن سمحت للتلميذ باستعمال دراجة وركوبها داخل ساحة المدرسة".

[1345] M. Bacache-Gibeili, Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle, Economica 2007, n°191, p.213.

[1346] G. Viney et P. Jourdain, n° 902, p. 1161 ; Flour et Alii, n° 190, p. 220.

[1347] Civ. 2 éme, 11 mars 1981, D. 1981, IR p 320 (1ére espèce), obs. C. Larroumet.

[1348] Flour, et Alii, n° 191, p. 222.



مرفقيا على معنى المسؤولية الإدارية. فقد أكدت محكمة الإستئناف بتونس[1349] بأنه" لا مجال لتطبيق أمر 27 نوفمبر 1888 المتعلق بالنزاع الإداري على قضية الحال... وحيث لا تدخل قضية الحال في أي صورة من هذه الصور الثلاث ( المتعلقة بتعمير ذمة الإدارة والواردة بالفصل الأول من أمر 1888)، لأن الدولة لم تكن هي المعنية والمسؤولة أصالة، لكن الأمر فيها يتعلق بمسؤولية أعضاء التعليم العمومي الشخصية ـ التقصير في الرقابة ـ طبق أحكام القانون الخاص ـ لا القانون العام ـ ". ويتبوأ الفصل 83 م ا ع، موطن الخطإ الشخصي، مرتبة الأساس القانوني للقيام[1350]. ولا يلمس لدى القضاء العدلي تقديرا مجردا للخطإ وفق معيار رب الأسرة الصالح، ذلك أنه اشترط الحزم لدى سلك التعليم[1351]، بوصفهم حرفيين تمرسوا على المراقبة وعلى حفظ من تعهدوا بحكم وظيفتهم برعايتهم. وأقرت إحدى محاكم الاستئناف[1352] حكما ابتدائي الدرجة أكد أنه " على المعلمين مراقبة تلامذتهم مراقبة حازمة ذكية سواء داخل القاعات زمن التدريس أو عند إخراجهم لساحة المدرسة"، ليستخلص من غيابه إخلالا بذلك الواجب و قيام الخطإ الشخصي في جانبه...ويمضي القضاء في تأكيد تلك الصرامة في اشتراط الحزم لدى سلك التعليم، وعدم التغافل عن تفقد التلاميذ، والتفطن إلى غيابهم أو مجرد الابتعاد عن حقل مشاهدتهم في ظروف زمنية ومكانية تقتضي دقة الملاحظة و الانتباه إلى اختفائهم، والحذركل الحذر من مغبة ذلك، لا سيما عند اقتراب العودة للمنزل، فيرفع من درجة الحزم ويوجب على المعلم تنشيط همة المراقبة لديه

[1349] حكم استئنافي مدني عدد 39888، 28 جوان 1978، م ع ن د في حق وزارة التربية / نجيب ومن معه، المجلة القانونية التونسية، 1978، ص. 26

[1350] قرار استئنافي مدني صادر عن محكمة الإستئناف بتونس عدد 19633، 11 ماي 1960، القضاء والتشريع 1960 عدد 8، ص.59. قرار تعقيبي مدني عدد 12703 مؤرخ في 29 جانفي 1986، نشرية محكمة التعقيب لسنة 1986، القسم المدني، الجزء الأول، ص. 275.

[1351] حول عرض القضاء العدلي وتحليله أكرم بلحاج رحومة، المقال السابق، ص . 183 وما يليها.

[1352] نفس القرار المذكور أنفا.

لتكون " الحراسة أشد من المعتاد"[1353]. وهذا هو الشأن عند زمن الامتحان، إذ على المعلم أن يدرك بوصفه مختصا في علوم التربية النفسية رفع واجب المراقبة على المراهقين إلى أعلى درجاته[1354]، وكذلك أثناء الأنشطة التي تهذب التلميذ وتساهم في "تربيته الأدبية أو البدنية"، كالرحلات الاستطلاعية والثقافية، فتمتد رقعة المراقبة إلى" جملة البناية المدرسية "[1355]، أو إلى خارجها، إذا كانت علة المراقبة مرتبطة بالتربية في فضاء جغرافي غير مدرسي[1356].

**407.** وبمقارنة القضاء العدلي الفرنسي نلمس تشدد القضاء العدلي التونسي في إلزام المعلم بالحزم في الحراسة والمراقبة. ذلك أن نظيره الفرنسي قبل بقيام الخطإ عند كل ترخيص يشوبه نقص الاحتياط، أو عند كل مبادرة تنطوي على جانب من المخاطرة[1357]. فعند فقدان السيطرة على الصف وعدم القدرة على فرض الانضباط عند التلاميذ ليتقي تصاعد الخلافات ، يترتب الخطأ الشخصي للمعلم [1358] . ولكن التقدير لا يسقط اعتبار سلوك التلميذ، فإذا كان فعله مفاجئا للغاية، وأعوزت المعلم مراقبة الوسائل المستعملة[1359]، لم يتأسس الخطأ الشخصي للمعلم.

---

1353 حكم استئنافي مدني عدد 19633 مورخ في 11 ماي 1960، جمعية المصانف الإسلامية وشركة التأمينات لابروفيدانس / عبد الجليل شراد، القضاء و التشريع 1960،عدد 8 ص. 59.

1354 حكم ابتدائي مدني عدد 1969، ورثة مروان / مدير الإتفاقات ونزاعات الدولة، القضاء والتشريع، 1975، عدد 1و2، ص. 136.

1355 حكم استئنافي مدني عدد 19633 مورخ في 11 ماي 1960، القضاء والتشريع عدد 8، ص. 59.

1356 حكم استئنافي مدني عدد 19633 مورخ في 11 ماي 1960، القضاء والتشريع عدد 8، ص.59. متعلق بمخيم اصطياف.

1357 Flour, Aubert et Savaux, Le fait juridique, 11$^{e}$ édition, n° 191, et les nombreuses références.

1358 Aix- en-Provence, 11 février 1970, D. 1970. 277 ; Civ.2$^{e}$, 7 décembre 1977, D. 1978, IR 206, obs. Larroumet.
عدم إنهاء تقاذف للكرات الثلجية قلب المشهد إلى تخاصم عنيف.

1359 Civ.2$^{e}$, 3 fèvrier 1972, D. 1972, Somm. 157.
كان يتولى الاعتداء على تلميذ آخر بسلك دراجة حديدي التقطه بدون دراية من المعلم.



**408.** أمّا القضاء الإداري، بوصفه مختصا في البت في هذه النزاعات، فقد اتسم تحليله بقبول أساس الخطإ في المراقبة أحيانا كما يدعوه لذلك الفصل 93 من م ا ع وأمر 1937. ويشهد عليه القرار التعقيبي الصادر عن المحكمة الإدارية بتاريخ 5 ماي 2003[1360] ، حيث تأسست مسؤولية الإدارة على الخطإ الشخصي لرجل التعليم، باعتباره "قصّر في مراقبة التلاميذ وهو ما يجسم تغافلا في الرقابة يعتبر بمثابة الخطإ المعمر لذمة المعلم المذكور وموجبا لحلول الدولة محله". وتراوحت مواقفه بين هذا وبين رفض لذلك الأساس، ليغلب عليها الإستناد على الخطإ المرفقي في التعليم العمومي[1361]. فكان أن أكد القضاء الإداري استقراره " على اعتبار أن مسؤولية الدولة عن الحوادث المدرسية تجد سندها في الخطإ المتأتي من الخلل الواضح في تسيير المرفق العام على معنى الفصل الأول من الأمر المؤرخ في 27 نوفمبر 1888، و ليس في الأحكام المضمنة بالفصل 93 من م إ ع"[1362]، وأن اعتمادها يحمل خطأ قانونيا في انتقاء القاعدة السليمة[1363]. كما تترتب مسؤولية الدولة عن الخطإ المتأتي من الخلل الواضح في تسيير المرفق العام على معنى الفصل 17 جديد من قانون المحكمة الإدارية"[1364]، ليتجاوز واجب المراقبة إلى واجب ضمان سلامة

---

1360 المحكمة الإدارية، قرار تعقيبي، القضية عدد 33712، م ع ن د في حق وزارة التربية / ورثة المزي، غير منشور. اكرم بلحاج رحومة، المقال السابق، ص . 183: سقوط مرمى كرة اليد على مؤخرة راس تلميذ أثناء حصة رياضية نتجت عنه وفاته.

1361 أكرم بلحاج رحومة، المقال السابق، ص. 187. حتى في القرارات التي زاوجت بين أمر 17 سبتمبر 1937 وأحكام امر27 نوفمبر 1888.

1362 المحكمة الإدارية، حكم استئنافي، م ع ن د في حق وزارة التربية / بوقمحة، 26 جوان 2002، القضية عدد 22703، غير منشور.

1363 المحكمة الإدارية، حكم استئنافي، م ع ن د في حق وزارة التربية / الحبيب، 15 جويلية 2000، القضية عدد 22407، المجموعة ص. 451 "وحيث أخطأ قضاة البداية لما أسسوا قضائهم على الفصل 93 من م ! ع والحال أن النزاع الحالي يخضع إلى أحكام الأمر المؤرخ في 27 نوفمبر 1888 مما يتجه معه استبدال القاعدة القانونية الخاطئة بالقاعدة القانونية الصحيحة ".

1364 المحكمة الإدارية، حكم ابتدائي، 30 أكتوبر 2003، قضية عدد 19086، حسين / م ع ن د في حق وزارة التربية والتكوين، غير منشور. مذكور من اكرم بلحاج رحومة، المقال السابق ص 187: غفلة إطار التعليم عن المراقبة بسبب تقاذف الحجارة من التلاميذ في الساحة : المحكمة الإدارية،

التلاميذ[1365]. واستبدل السند المدني المذكور بأمر 27 نوفمبر 1888 والفصل 17 من قانون 1996.

وتترتب مسؤولية الدولة آليا عند توفر خطإ المعلم. ويبرز هذا الاستنتاج خصوصية هذا النظام الذي تحل فيه الدولة مكانه لتحمل عبء التعويض.

### ب ــ نظام التعويض

**409.** لا تعد مسؤولية الدولة عند الخطإ المقترف من المعلمين تطبيقا للمسؤولية عن فعل الغير. وقد أوضح القضاء العدلي هذه القاعدة. وأكدت محكمة الإستئناف بتونس أن "الدولة حلت محلهم وعوضتهم في هذه المسؤولية المدنية الخاصة على سبيل البديل لا غير"[1366] . ومن الآراء من ذهب إلى مقارنتها بمسؤولية المتبوع عن فعل التابع، لتوفر الصفة الثانية لدى المعلم فتصبح القرينة مطلقة لا وجه للتحلل منها[1367].

**410.** ولم يتناسق موقف القضاء الإداري مع نظيره العدلي. فقد استقطبته مبادئ المسؤولية الإدارية، وانغمس في تحليل الخطإ المرفقي. ويحق للدولة أن ترجع على المعلم لتطالبه بأداء التعويضات التي ألزمت بدفعها للمتضرر، ولها أيضا أن تطالب الغير المتسبب في الضرر. ويبدو إذن أن الحصانة الظاهرة من أمر نوفمبر 1937 ليست مطلقة، وأن هيبة رجل التعليم لا تنأى عن يد الدولة. وتخضع دعوى الرجوع منطقيا إلى أحكام القانون الإداري. ويعني بقياس عكسي أنها لا تتبع أحكام المسؤولية المدنية. وضروري أن يثبت ضد المعلم خطأ شخصي ينفصل عن الخطأ المرفقي[1368]، وهو ما يذكر بالخروج عن الوظيفة في مسؤولية المتبوع عن فعل التابع. أمّا القيام ضد الغير فيتبع الأحكام العامة للمسؤولية. وفيه اختلاف لم يرق توحيد اجراءات القيام وقواعد الاختصاص، إلى حجب نقائصه وهناته. والمقام مناسب للتساؤل عما إن كان هذا النظام مرضيا أم أن الحاجة تدعو إلى مراجعته وتنقيحه. ومرد ذلك أنه لم يحظ بالاستحسان الكامل من الفقه الفرنسي، وإنه انتقل إلى النظام التونسي بنفس المناقب... والمساوئ أيضا. فهو يميز بدون وجاهة بين أصناف المعلمين والمدرسين بالنظر إلى السلك الذي ينتمون إليه. وزاده قانون 1996 الذي عقد الإختصاص للقضاء الإداري تشعبا. والأجدر ــ تماما كما تم اقتراح ذلك في النظام الفرنسي على ضوء تطور أحكام المسؤولية عن فعل الغير بعد قرار "بليك"[1369] ــ تغيير هذا النظام برمته ليستبدل بنظام تأمين اجباري للمسؤولية

---

حكم ابتدائي، 17 نوفمبر 1999، قضية عدد 15918، بن جفال / م ع ن د في حق وزارة التربية، المجموعة، ص. 256: "خطأ إدارة المدرسة ثابت ولا لبس فيه وتمثل في تقصيرها في قيامها بواجب مراقبة ورعاية التلاميذ المحمول عليها وتامين خروجهم من المدرسة في أحسن الظروف وذلك بان سمحت للتلميذ باستعمال دراجة وركوبها داخل ساحة المدرسة".

1365 المحكمة الإدارية، حكم ابتدائي، 30 أكتوبر 2003، قضية عدد 19086، حسين / م ع ن د في حق وزارة التربية والتكوين، غير منشور. مذكور من أكرم بلحاج رحومة، المقال السابق ص 187 : "غير أن حسن سير المرفق العام للتعليم العمومي لا يقتصر فقط على ضرورة حراسة التلاميذ وإنما يقتضي أيضا اتخاذ جميع الإجراءات الكفيلة بتحقيق "سلامة التلاميذ وحمايتهم من الأخطار التي يمكن أن تصيبهم أثناء تواجدهم بالمدرسة". يراجع في نفس المعنى: المحكمة الإدارية، استئنافي، ورثة بن عمار/ م ع ن د في حق وزارة التربية، 20 ديسمبر 1993، القضية عدد 1151، المجموعة، ص. 597. وكذلك المحكمة الإدارية، حكم ابتدائي، 17 نوفمبر 1999، قضية عدد 15918، بن جفال / م ع ن د في حق وزارة التربية، المجموعة، ص. 256.

1366 حكم استئنافي مدني عدد 39888، 28 جوان 1978، سابق الذكر.

1367 Flour, Aubert et Savaux, Le fait juridique, 13é ed. n° 191, p. 223.



1368 " الأصل هو ضمان الإدارة لجميع ما يقترفه أعوانها من أخطاء أثناء قيامهم بمهامهم عدا ما اتسم منها بصبغة شخصية محضة لانعدام علاقته تماما بالمرفق الذي ينتمي إليه والذي يساهم في تحقيق أغراضه" المحكمة الإدارية، حكم استئنافي، 15 فيفري 2000، القضية عدد22470، م ع ن د في حق وزارة الداخلية / ورثة مسعودي وبن علي، المجلة التونسية للإدارة العمومية، 2003، ص. 17 مع تعليق الأستاذ خليل الفندري.

1369 G. Viney et P. Jourdain, n°919 , p.1175. Sans dispositions spéciales pour ce cas particulier de responsabilité, le projet Catala permet de lui appliquer l'art 1358 : « ...Les personnes qui assument, à titre professionnel, une mission de surveillance d'autrui, répondent du fait de l'auteur direct du dommage, à moins qu'elle n'ont pas commis de faute. », ou bien l'article 1356 : « ... Sont reponsables des dommages

المدنية لمؤسسات التعليم كلها عن فعل المعلمين والتلاميذ، وأن تدرج أحكامه في صياغة جديدة للفصل 93 مكرر، وان يسند الاختصاص لصالح القضاء العدلي لتقريب المحاكم للمتضرر وتيسير السبل للوصول إلى التعويض.

# البـــاب الثانـــي : الضـــــرر

**411.** الضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص في حق أو مصلحة سواء كانت مادية أو معنوية كما ذكر ذلك الفصلان 82 أو 83 . وهو ركن أساسي لا تقوم المسؤولية بدونه. وفي ذلك تناغم واتصال مع وظيفتها التعويضية، ولكن آفاقها الحديثة جرت العديد إلى التفطن إلى دورها في الوقاية، الوقاية من أخطار وأضرار لم تتحقق بعد، فتنقلب رؤية المسؤولية إلى نظرة استشرافية تستبق الضرر قبل حدوثه[1370]، وتكتسح حقول المخاطر وترتب الجزاء ضدها. وقد لمسنا ذلك في مضار الجوار، إذ بلور اتجاه قضائي التعويض عن المخاطر قبل استفحال الضرر بل حتى قبل حدوثه[1371]. ويبدو مبدأ الحيطة نبراسا على هذا التحول في دور المسؤولية المدنية وشروطها.

**412.** ويفرق الفقه بين مصطلح الضرر الفعلي[1372] والضرر القانوني[1373]. ويعني الأول المساس من حرمة الشخص أو إصابة ماله ، في حين يؤدي الثاني معنى الآثار الناجمة عنها، متمثلة في الخسائر اللاحقة بالذمة

causés par un enfant mineur…la personne physique ou morale chargée par convention de régler le mode de vie du mineur. »

1370 بعض النصوص تقوم بتعويض عيني يعد من قبيل الوظيفة الوقائية مثل اضرار الجوار، حيث يمكن للمحكمة أن تأمر بكف النشاط الذي سبب المضار.

1371 انظر قرار محكمة الاستئناف بصفاقس المذكور في باب الجوار. وفي تطور القضاء الفرنسي. انظر :

Mireille-Bacache Gibeili, n° 304, p. 334, n°11.

1372 Dommage.

1373 Préjudice.



في أبعادها المادية و غير المادية[1374]. ويعتبر هذا التفريق عند بعض الفقهاء جوهريا[1375]، إلا أن منهم من يقلل من فوائده العملية وينفي تأثيره في القانون الوضعي[1376]. ومن الأنظمة القانونية، من يركز التمييز بين الضرر و أثره، مثل القوانين السويسرية والإيطالية والألمانية والإنجليزية[1377] .

وتقتضي دراسته تحليل خصائص الضرر(قسم أول)، ثم أنواع الضرر(قسم ثان).

## القسم الأول : خصائص الضرر

الضرر يجب أن يكون ثابتا محققا(فقرة أولى)، و شخصيا(فقرة ثانية)، و ماسا بمصلحة مشروعة(فقرة ثالثة).

### الفقرة الأولى : الضرر الثابت أو المحقق

مفهوم الضرر المحقق(أ)، يختلف عن ضده الضرر المحتمل(ب).

1374 G. Viney et P. Jourdain, n° 246-1, p.3 : Le dommage serait la lésion, l'atteinte soit à un bien, soit à l'intégrité physique d'une personne, c'est-à-dire un simple fait sans signification juridique. Quant au préjudice, seul pris en compte par le droit, il est une conséquence patrimoniale ou extrapatrimoniale du dommage et est l'objet d'une indemnisation.

1375 J. S. Borghetti, Les intérêts protègés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle, Mélanges Vieny, LGDJ 2008, p. 145, sp 149 ; Y. Lambert- Faivre, Droit du dommage corprorel, 4ème éd. Dalloz 2000, n° 86 ; Ph. Le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats, 6e éd. Dalloz, 2006, n° 1302 ; Loic Cadiet, Le préjudice d'agrément, th. Poitiers, 1983, n° 323. A. Guégan- Lecuyer, Dommage de masse et responsabilité civile,LGDJ., préf. P. Jourdain, avant-propos G. Viney, n° 60-62.

1376 G. Viney et P. Jourdain, Les conditions de la responsabilité, n° 246, M. Fabre- Magnan, préc. n° 39.

1377 J. S. Borghetti, prée. et les références, p. 150, notes 18 et 19.

## أ - مفهوم الضرر المحقق

**413**. الضرر المحقق هو الذي حصل نهائيا ولحق بالمتضرر في حقوقه أو في ماله. كأن يصاب إنسان في حادث مرور فيسبب له ذلك عاهة جسدية وقتية أو مستمرة تقعده عن الكسب[1378] .الضرر المحقق قد يكون محققا في المستقبل، وهو ذلك الذي يتحقق سببه ولم تتحقق آثاره في الحال[1379]، أي أن هناك فرقا زمانيا بين السبب وآثار هذا السبب . ولكن تلك الآثار ستظهر حتما في المستقبل، رغما عن تخلفها عن السبب في الزمن. ولا ينفي هذا الاختلال الزمني اعتباره ضررا مستقبليا محققا وثابتا، وليس ضررا محتملا. فمثلا، إذا توفي الأب المعيل فإن وفاته ستحرم أبناءه من النفقة عند ظهور الحاجة لذلك. فإذا كانوا صغار السن وبدون ميز، أو كان بعضهم لم يولد بعد، فهل ان الضرر الأدبي محقق أو محتمل؟ هؤلاء الأطفال سيشعرون مع بلوغهم مرحلة الإدراك فقدانهم لوالد جبل على ان يكون سندا عاطفيا وملاذا عند أبسط الحاجيات، وسيترك هذا ألما دفينا في نفسيتهم، تشفعه حسرة وإحساس بفراغ عاطفي، تتفاقم مع المقارنة بالوضعية المادية والعاطفية مع أقرانهم. منطقيا حصل الضرر بسبب وفاة الوالد، إلا أن أثر ذلك لم يتجل في نفس اللحظة الزمنية، بل هو مرجو لحقبة لاحقة تضع بونا بين الضرر والفعل الضار، وبين السبب والمسبب. ولا ينفي هذا أن يوصف بأنه محقق في المستقبل، فينزع عنه ميزة الضرر المحتمل الذي لا يمكنه من حق في التعويض[1380]. ولكن فقه القضاء التونسي تشدد في بعض مواقفه الشاذة، ولم يعتبر هذا الضرر محققا، ورآه محتملا وغير ثابت. " الجنين لا يحس بعد ولادته باي

1378 تعقيبي مدني 20 فيفري 1988 ن. ج. III ص. 210.

1379 الضرر المستقبل ضرر تحقق سببه و تراخت آثاره كلها أو بعضها في المستقبل. مرقس، الوافي، فقرة 62، ص. 139.

1380 تعقيبي مدني عدد 15308 في 13 أفريل 1988 ن. ص. 303.



شيء بالمرارة و الألم نتيجة فقدانه لوالده وبما أن التعويضات لا تنال إلا الأضرار الحالية الموجودة وقت التعويض والتي منها سيتواصل وجوده في المستقبل فان الإحساس باليتم لا وجود له في الوقت الحاضر لدى الجنين وإنما يتوقع وجوده في مستقبل تمر قبله عديد الأعوام، ولذا فإنه تتداخله بدون شك الاحتمالات والافتراضات وليس من شأن التعويض أن ينال الضرر المحتمل[1381]".

**414**. هذا الموقف يقبل النقد، لأنه جمع بين الضرر المحقق في الحال، وبين الضرر المحقق في المستقبل، والضرر المحتمل. وهي مصطلحات تختلف عن بعضها. فالحيثية أكدت أن الشعور باليتم قد يكون حينيّا وعند ذلك يتم التعويض، و أنّ هذا الشعور قد يتحقق بعد مدة من الزمن، وهذا يعني أنه سيثبت لا محالة في المستقبل، حتى ولو تأخر عن سببه[1382]. ولا يجوز إذن اعتباره ضررا محتملا أو مفترضا، لأن الشعور باليتم فطري ولا ينتابه الشك. هذه النزعة تبين وجود اتجاه قضائي يتشدد في التعويض، لايمثل الموقف الغالب لدى محكمة التعقيب التي خالفت هذا المنحى في جملة من القرارات تتعلق بالتعويض عن الضرر المعنوي للجنين[1383]، لتصفه كضرر محقق مختلف عن الضرر المحتمل .

1381 تعقيبي مدني عدد 4882، في 20 ماي 1982،ن.ج.2،ص.210 .عدد 6022، في 3 مارس 1982، ن. ج 1، ص. 326.

1382 تعقيبي مدني عدد 41186 في 17جانفي 1994، ن، ص. 399. "الضرر المعنوي للقاصر لا يتمثل في الشعور بالحسرة و الأسى وقت الوفاة، بل في فقدان حنان الأبوة و الشعور باليتم. ويقوم دليلا على ان الضرر المعنوي" قد خلت أسبابه وقت الحادث ولكن تراكمت نتائجه مما سيكون له تاثير سلبي على مستقبل حياته."

1383 قرار تعقيبي مدني عدد 52752 مؤرخ في 4 جوان 1966، ن.م.ت 1996، ص. 228." حيث أن الجنين في بطن أمه عند وفاة والده في حادث مرور يعتبر متضررا أدبيا بصورة مباشرة وثابتة من ذلك الحادث... ضرورة أنه لما يدرك الأشياء فإنه سيشعر بالحرمان من عطفه وإشرافه على رعايته هذا بالإضافة إلى مرارة الإحساس باليتم الذي سيلازمه طيلة حياته". قرار تعقيبي مدني عدد 37313 مؤرخ في 22 مارس 1993، ن.م.ت. 1993، ص. 337 ، مثل هذا الإحساس... يمثل ضررا إن لم يكن حالا فهو متأكد الحصول في المستقبل.

**415.** وانتهت محكمة التعقيب إلى اعتبار حرمان الزوج من مساهمة زوجته بدخلها بسبب وفاتها ضررا محققا[1384]، إذ لم يبق دورها على ضوء النصوص ثانويا تحكمه قواعد التفضّل والمروءة[1385].

### ب ــ الضرر المحتمل:

بعد التعرض إلى مفهومه (1)، سيتم تحليل علاقته بضياع الفرصة(2).

#### 1 ــ مفهوم الضرر المحتمل

**416.** هو ضرر غير محقق الوقوع ويحوم حوله الشك والريب[1386]. فمثلا يصاب متضرر في حادث مرور برجة في الدماغ، ولا تظهر عليه أية مضاعفات عند الاصطدام. وعادة ما تتأخر هذه المضاعفات في الظهور وتتجسم في اضطراب بالذاكرة و بالمزاج، وتؤدي في بعض المضاعفات إلى

[1384] قرار محكمة التعقيب عدد 3075 بتاريخ 17 ديسمبر 2004 : "حيث أن جميع النصوص القانونية المنظمة للأسرة بالبلاد التونسية تقر للأم وللزوجة دورا بارزا في العائلة من حيث المشورة والمساهمة في الإنفاق من ذلك أحكام الفصل 23 م أ ش المنسجمة وما جلبت عليه المرأة من تضحية وبذل في سبيل أفراد أسرتها دونما بخل أو تقتير، وتلك هي القاعدة السائدة وان على من يدعى خلافه الإثبات عملا بأحكام الفصل 420 م إ ع، فظل بذلك الادعاء بعدم مساهمة الزوجة الهالكة في الإنفاق على العائلة وهي ذات الدخل القار أمرا مجردا لا برهان عليه فتعين لذلك رده وعدم الإلتفات عنه". تعقيبي مدني عدد 5482 في 7فيفري 2005، ن، ص. 101.

[1385] محمد اللجمي، تعويض الضرر في القانون التونسي، 1997، ص 206. سنية العش، مساهمة الزوجة في الإنفاق ، فقرة.65.ص.46.

[1386] مرقس، الوافي، فقرة 62،ص.139. أما الضرر المحتمل فهو ضرر لم يقع ولا يوجد ما يؤكد أنه سيقع، وغاية الأمر أنه يحتمل وقوعه وعدم وقوعه، و تتفاوت درجة هذا الإحتمال قوة وضعفا ، وقد تبلغ من الضعف حدا يعتبر وهميا. القضاء المصري له موقف مماثل في رد التعويض عن الضرر المحتمل، منه أن الضرر المادي الذي يدعى الوالد وقوعه له بسبب قتل ابنه الذي لم يجاوز العاشرة لا يعتبر إلا ضررا احتماليا ما دام الأب لم يزعم أنه كانت له نفقة مقررة على ابنه القتيل، ولا أن موارده المالية قد نقصت بسبب موت ابنه، ولا أن حالته المالية قد ساءت بسبب هذا الموت عما كانت ستصير إليه لولاه. مرقس، المصدر السابق، فقرة62، ص.141. فإذا كان القتيل صغيرا وله أخوة لم يكن هو الذي يعولهم، فإن قتله لا يلحق بهم أي ضرر مادي أو ادبي، لأن ادعائهم بأن القتيل هو الذي كان سيتولى أمرهم ويعولهم بعد وفاة والدهم ليس إلا مجرد احتمال لا يصلح أساسا لتعويض، كما أنهم بسبب صغر سنهم لا يمكن أن ينالهم ضرر ادبي بوفاته (نقض 19 نوفمبر 1934مجموعة القواعد القانونية 3 - 1 - 1 ).



حالات الصرع . عند الحادث، يحتمل أن تتعكر حالة المتضرر أو أن تستقر. وقد يستغرق ذلك زمنا قصيرا أو طويلا، فتتدرج إما إلى الشفاء بدون رواسب أو إلى اضطرابات خطيرة. هذا الضرر قبل حدوثه يبقى محتملا عند الحادث وغير محقق وغير ثابت. فلا يمكن أن نطالب بالتعويض عنه. وإذا ما ظهرت هذه الأعراض بعد مدة زمنية، فان هذا الضرر المحتمل زمن الحادث ينقلب إلى ضرر ثابت ومحقق.

**417.** ومن التطبيقات القضائية أنّ ضرر الزوجة المتوفى عنها زوجها قبل الزفاف هو ضرر ثابت في بعده الأدبي فقط ، أما الضّرر المادي فهو محتمل ولا يعوض عنه، لأن الإنفاق بين الزوجين غير ثابت، فقد لا يتحقق في المستقبل، وبالتالي فلا يحق للأرملة أن تطالب بالتعويض لأنه محتمل[1387]. ولا يخفي هذا الموقف ارتباط واجب النفقة مع حصول الدخول كما غلب ذلك في القضاء. ويجدر – بالإضافة إلى تجنّب التقدير التحكّمي للقضاء للضرر المحتمل – ترجيح رأي وجيه نادى بحذف " الإزدواجية " القائمة بين الزواج والدخول من أجل أن تؤول المرجعية إلى تاريخ إبرام الزواج لا إلى تاريخ إتمام الدخول ليصبح بذلك إبرام الزواج مؤسسا في حدّ ذاته لقرينة تشريعية على وقوع الدخول "[1388] . والمصاب بجرثومة فقدان المناعة لا تظهر عليه مباشرة أعراض المرض، فهو يمرّ بمرحلة يكون حاملا فيها للجرثومة و متعافيا منها. ويحتمل أن تنتابه لاحقا تلك الأعراض، ويحتمل ألا يصاب بها. وفي هذه المرحلة يكون ضرره غير محقق وغير ثابت، بل مجرد ضرر

[1387] تعقيبي مدني في 1 أكتوبر 1983، ن. ج. II ص .249.

[1388] محمد المنصف بوقرة، وظيفة الزواج في العلاقات الجنسية، دكتورا دولة في القانون الخاص، جامعة تونس المنار، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 2010-2011، ص. 203.

محتمل. أمّا إذا تجلت الأعراض وبدأ يفقد مناعته، فإن ضرره المحتمل في البداية يصبح ضررا ثابتا[1389]. الضرر المحتمل على خلاف الضرر المحقق مشكوك في وقوعه ولا يتم التعويض عنه. ويبدو تحديده دقيقا من خلال ضياع الفرصة.

### 2 ـــ ضياع الفرصة

**418**. "يتعين التفرقة بين الضرر المحتمل وبين فوات الفرصة، فهذه يترتب عليها، في الرأي الراجح، أكثر من ضرر محتمل، ذلك أن فوات الفرصة يمثل منذ الآن في الذمة المالية قيمة يمكن أن تقدر وفق حساب الاحتمالات"[1390]. في سباق الخيل تقترب كوكبة من الجياد من خط الوصول فيتخلف أحد راكبيها عن مساندة جواده و القيام بما من شانه ان يقوّي سرعته إصرارا على المنافسة على المرتبة الأولى، فيتخلف الجواد عن المراتب الرابحة. هذا الفارس فوّت على المتراهنين فرصة الحصول على أموال المراهنة. و لم يتحقق هذا لأن الجواد لم يصل فعلا، وكان من الممكن أن يحل في مرتبة رابحة لو سانده راكبه. فلما لم يصل الأول فإن الضرر يتجسم في ضياع لفرصة التراهن على المركز بشكل نهائي[1391].

**419**. ويضرب مثل آخر من خلال طبيب باشر مريضا، وشخص لديه، مستندا على جملة من الآلام اشتكى منها وجملة من الكشوفات، التهابا عابرا لا يخشى منه. واتضح بعد ذلك أنها أعراض بداية مرض خبيث تطور وأصبح نقيلا. وكان بالإمكان عند الفحص الأول تجنب انتقاله و صيرورته داء قاتلا.

1389 Civ. 2ème, 19.juillet 1993, D.1993. p. 526 et la note, RTDciv.1994, p. 106, et les observations.

1390 وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، المصادر غير الارادية، ف. 269 ص.16.

1391 Civ. 2ème, 4 mai 1972, D.1972, 596, note Le Tourneau.



هل يستطيع المريض أن يطالب بالتعويض على أساس ضياع فرصة الشفاء؟ وهو نفس الشأن بالنسبة لبيطري عالج جوادا يعاني من أوجاع بالمعدة، فأهمل القيام بفحوص إضافية، و منها استعمال مسبر للأمعاء، لتتعكر حالة الجواد وتتدرج نحو تمزق جدران المعدة والموت. ولو توخى البيطري الكشوف الإضافية لمكنه من حظوظ شفاء تشارف 80% حسب رأي الخبراء"[1392]. ففي هذه الأحوال وأمثالها، يكون هناك كسب احتمالي كان يمكن أن يتحقق، وقد قضى الفعل الضار على احتمال تحققه. أفينظر إلى فوات هذا الكسب على أنه ضرر احتمالي لا يستحق عنه تعويض؟ أم ينظر إلى الحرمان من الفرصة في ذاتها باعتبارها ضررا محققا؟"[1393]. في الرؤية الضيقة، يقتصر الضرر على فواتها. فالظفر بالسباق وهمي، غاية في الاحتمال، ومفند في الحقيقة[1394]. أما المتسعة، فتنظر إلى الأمر كخطر حاصل دون الاعتماد على فوات الفرصة في حد ذاتها[1395]. و الواقع أن النظريتين تؤديان إلى التعويض عن ضرر لم يتحقق، لعدم إثبات العلاقة السببية بينه وبين الفعل الضار. وهذا يعني أن فقدان الضرر المحقق يرتبط أيّما ارتباط بفقدان علاقة سببية قاطعة. فإذا كان بالإمكان التأكد بأن مساندة الجواد تؤدي حتما إلى الفوز المبين، والتشخيص إلى الشفاء، انتفت الحاجة من التعويض عن فوات الفرصة[1396].

1392 Cass. Belge, (chambres néerlandophones), 5 juin 2008, Journal des Tribunaux, 2009, p. 29, note Audrey Pütz.

1393 مرقس، الوافي، فقرة 63، ص.143.

1394 B. Dubuisson, La théorie de la perte d'une chance en question. le droit contre l'aléa, J.T. 2007, p. 495.

1395 Audrey Pütz., note préc.p.31.

1396 Etienne, La responsabilité : le devenir de la perte d'une chance, in Evolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé : le droit médical en mouvement, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ 2008, n° 22, p. 384.

**420.** لم يتم في القضاء التونسي إلى حد الآن التعويض عن ضياع الفرصة بوضوح وتواتر، إلا بعض المواقف النادرة عددا، كشأن حكم صادر عن محكمة الكاف، قضى بأن التسبب في ضياع الفرصة يتكون منها ضرر لمن حرم منها[1397]. ولكن محكمة التعقيب تصدت للتعويض عنه، مصنفة ضياع الفرصة في الضرر الاحتمالي الذي يحكمه التخمين ولا يرقى إلى اليقين[1398]. ولم تكتف المحكمة بهذه الحجة التقليدية، لتستمد من العلاقة السببية سندا إضافيا متميزا. فقد رأت فيه "ضررا غير مباشر ". ولذلك فإن طلب التعويض عن فوات الفرصة (المتمثلة في الانتداب للعمل) "واهية الصلة بالفعل الضار، ولم يكن لها ارتباط حقيقي مباشر به، يرتقي إلى درجة مساوية للضرر المباشر والمستحق للتعويض، ولا يمكن تحميل المدين بنتائج متوالية وغير متناهية، وكان حصولها ممكن الوقوع بدون حصول الفعل الضار المستند إليه في طلب التعويض"[1399]. وهي بذلك تكون قد سبرت المسألة بمنظار السببية. فهذه العلاقة منقطعة الرباط مع الضرر، ومع الفعل الضار، لأنها "واردة في مسار الأحداث العادية للإنسان". وهي تلتقي مع التحليل السببي، ولا تكتفي بمرادفة ضياع الفرصة مع الشك والاحتمال. فهل تكون قد أوصدت الأفق أمام هذا النوع من الضرر، أم هل أن القرار خاص بالملابسات التي ورد فيها؟ هذا

[1397] المحكمة الابتدائية بالكاف ، عدد 365 في 9 جانفي 1962، م. ق. ت.1962 ص. 375.

[1398] تعقيبي مدني عدد 44664 مؤرخ في 13 ماي 2010، غير منشور: "وحيث أن المطالبة بالتعويض عن ضياع فرصة عمل هو من قبيل المطالبة بالتعويض عن ضرر غير مباشر واحتمالي، ولا يمكن للمعقب ضده فيليب أوبار ان ينكر ان بإمكانه الحصول على عمل غير الوظيف الذي فقده ان كانت مؤهلاته تسمح له بالانخراط في العمل، إما إذا كان لا أمل له في تحقيق هذا الأمر يعني ان انتدابه كان مجرد تعويل على أمل في حين أن التعويض يقتضي أن يكون الضرر مؤكدا وحقيقيا بصورة تسمح بتقديره على أساس يقينيه وليس على مجرد التخمين".

[1399] صدر هذا القرار بمناسبة تعرض أجنبيين لحادث سير أثناء امتطائهما لحافلة سياحية أدت لإصابتهما بأضرار بدنية. وحصلا على التعويض عن الأضرار المادية والأدبية. وطالب أحدهما أيضا بالتعويض عن فوات فرصة انتدابه للعمل، أمّا الأخرى فطالبت بالتعويض عن فوات الفرصة في تقاضي منحة البطالة. وقد نقضت محكمة التعقيب القرار الاستئنافي الذي قضى بتعويض ضياع الفرصة في الانتداب.



التساؤل مشروع بالنظر إلى الحيثية المبدئية التي استهلت القرار، لتؤكد أنه "يمكن أن يشتمل التعويض الضرر غير المباشر إذا كان متصلا بوجه صريح وبيّن بأسباب المسؤولية أو الفعل الضار، ويكون تأكيده يرقى به كأنه ضرر مباشر لملازمته له في الحدوث". فتصبح السببية معيارا يفرق بين ما يكون قابلا للتعويض، أو غير قابل له. ولايحجب ضياع كل الفرص عن المساءلة. فما يبقى مجرد أمل لايجد سبيلا إليها، أما ما يلتحم مع االفعل الضار ليعدّ من قبيل الضرر المباشر، فصائر إلى التعويض. ولذا، فالرأي أن القرار ولئن ارتبط مع الملابسات الخاصة به، فإنه لم يفوّت... الفرصة ليفتح زاوية قانونية جديدة في النظر إلى المسألة، تبشر بمعالجة علمية جديدة لها.

أما في القضاء المقارن، فالمبدأ أن ضياع الفرصة يقبل التعويض بشرط أن تتوفر عناصره، فيستطيع المتضرر أن يدعي بابتعاد فرصة عنه وضياعها منه. فان انتفت تلك العناصر فهل يكون الضرر محتملا ؟ القضاء التونسي اعتبر هذا الضرر محتملا لا يمكّن من التعويض. ففي قرار غير منشور تعرض طالب في معهد الصحافة لحادث قبيل اجتياز امتحان آخر السنة فأقعده عن ذلك. ورفض القضاء التونسي التعويض له على أساس ضياع فرصة النجاح. ولكن القضاء الفرنسي عوض عن ذلك[1400] بشكل منتظم[1401].

**421.** كما اعتبر ان عدم وجود جوائز يا نصيب يؤدي إلى فقدان من شارك فيه فرصة الحصول على جائزة، وتخلف الطبيب عن إرشاد المريض حول المخاطر التي قد يتعرض لها عند التدخل الطبي مؤديا إلى حقه في

[1400] Trib. civ. Bordeaux, 16 février1959, D.1960.622, (candidat à l'agrégation des Facultés de droit).

[1401] Boré, L'indemnisation pour les chances perdues : une forme de la causalité d'un fait dommageable, JCP. 1974. I. 2620.

التعويض عن فرصة في تجنب تلك المخاطر. ولكن الفرصة لا تؤدي إلى التعويض إلا إذا كانت أمرا على أهبة التحقق ، فلا تعد كل فرصة سببا في التعويض. فالطالب الكسول كثير الغياب والمشاكس لا يمكنه أن يحصل على تعويض فرصة إذا ما أصيب بضرر أقعده عن الامتحان، لأن الفرصة هي حظ جدي لإمكانية الحصول عن امتياز"[1402] . ترجع الصعوبة في ذلك من جهة إلى أن الكسب الذي فات لم يكن سوى مجرد أمل غير مؤكد تحققه، ومن جهة أخرى إلى أن هذا الأمل — بعد أن صار قبل الأوان مستحيلا تحققه بخطأ المدعى عليه الذي حرم المدعى من فرصة كان من شأنها أن تجعل له حظا في تحقق أمله لو سارت الأمور سيرها الطبيعي —، قد صار من المستحيل نهائيا الجزم بأنه سيتحقق لو لم يتدخل المدعى عليه بخطئه في وقف هذا السير الطبيعي للأمور"[1403].

**422**.وقد غلبت المحاكم الفرنسية أول الأمر وجهة النظر الأولى وقضت برفض التعويض في مثل هذه الحالات بناء على أن الضرر فيها ليس محققا لأنه لا يمس بحق ثابت، وإنما يقتصر على المساس بمجرد أمل. وقد ميّز القضاء الفرنسي[1404] بين ضياع الفرصة ومجرد الاحتمال في ذلك. فقد رأى، مستقيا التعريف من الفقه[1405]، أنّ هذا الضياع ضرر محقق في انتهاز فرصة جدية وحقيقية[1406]، حال الفعل الضار دون حصوله، و يتجاوز النيل من مجرد

---

[1402] Aubert, obs. sous Civ 1ère, 27 janvier 1970, Chr de juris.civile, 1971, n°35, p. 74 : « la disparition certaine d'une éventualité favorable. »

[1403] مرقس، الوافي، نفس المصدر.

[1404] حول التطبيقات لضياع الفرصة في القانون المصري، السنهوري، الوسيط، الجزء 1،ص. 862. مرقس، المصدر السابق،ص. 146. وفي القانون الفرنسي،

G.Viney, P. Jourdain, Les conditions, n°280, p.91; M. Bacache – Gibeili,La responsabilité extracontractuelle, n°317, p.349.

[1405] Flour, Aubert et Savaux, Le fait juridique, n° 138, p. 156.

[1406] Civ. 1ère, 21 nov. 2006, D. 2006. IR. 3013 ; JCP G 2007, I, 115, obs. Ph. Stoffel-Munck, RDC. 2007, 266, obs. D. Mazeaud; seule



الأمل. وقد ميز بذلك بين الدعوى الوجيهة والدعوى غير الوجيهة. فإذا أصيب طفل في حادث مرور في مستوى رجله فخلف له سقوطا مستمرا هاما فلا يستطيع أن يطالب بضياع فرصته في أن يصبح عدّاء ماهرا يحصد الميداليات أو نجما من نجوم الرياضات الجماعية القادرة على حصد الألقاب. كما أن التلميذ الذي يصاب بعاهة لا يستطيع أن يطالب بتعويض عن ضياع فرصته في أن يصبح طبيبا ماهرا، لأن الضرر حصل له مبكرا. وعلى العكس، إذا كانت الإصابة تعرض لها طالب في السنوات الأخيرة من دراسته، فانه يستطيع ان يطالب بالتعويض عن ضياع الفرصة .

**423**. القضاء المغربي يعوض عن ضياع الفرصة. ويقدر ذلك من خلال جدية الحظوظ واقتراب تحقيق تلك الفرصة. ومن تطبيقات القضاء المغربي أن شركة التأمين قدمت دعوى ضد محام لتطالبه بالتعويض، لأنه فوت عليها فرصة الاستئناف. ولكن القضاء لم يمكنها آليا من ذلك، وانتهج قبل البت في الدعوى التثبت من جدية الحظوظ وحقيقتها، إذ" أنه قبل تحديد مبلغ أضرار شركة التأمين يجب معرفة مدى حظوظ هذه الشركة ضد المدعي عليه"[1407].

والخلاصة أن ضياع الفرصة قابل للتعويض في القانون المقارن، ولكنه يصبح ضررا محتملا إذا فقد عنصرا هاما يحول دون حصوله، يبعد المتضرر عن الحظ الذي كان يرجوه.

---

constitue une perte de chance réparable, la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable réparable.

[1407] محكمة الاستئناف بالرباط عدد348 في 30جوان 1970، مذكور عن أحمد الخمليشي في مؤلفه مسؤولية الأبوين عن أبنائهما القصر ، ص.86.

## الفقرة الثانية : ضرر شخصي ومباشر

يجب ان يكون الضرر مباشرا وهذا يؤدي إلى التعرض إلى نقطتين: الضرر بالتبعية(أ)، والضرر الجماعي (ب).

### أ ـ الضرر بالتبعية

**424.** في حادث مرور أصيب رجل له أطفال بأضرار منعته من الكسب. ضرر الرجل مباشر، وانعكس على أطفاله، فيعدون متضررين بالتبعية. ضرر الرجل مباشر ولحقه شخصيا في بدنه، وبما انه قد منعه من كسب قوته وقوت عياله فهو ينعكس على وضعيتهم فيحرمون من نفقته، فيكونون متضررين بالتبعية[1408]، ومن حقهم الحصول على التعويض[1409].

**425.** القضاء يخضع هذا الوصف لسلطته التقديرية. فكلما قبل بالتعويض اعتبر الضرر مباشرا أو ضررا بالتبعية . وإذا ما أراد رفض ذلك تجنّب هذين الوصفين، ولم يعتبر وجودهما، خاصة عندما تكون هناك مدعاة إلى تحديد مستحقي التعويض. فإذا تعاقد فنان مع مسرح وأصيب في حادث منعه عن العرض، فيكون الفنان متضررا مباشرا وإدارة المسرح متضررة بالتبعية. واللاعب المحترف الذي كسرت رجله ضرره مباشر ، ويكون ناديه متضررا بالتبعية. ولا يطلق القضاء سلسلة المتضررين بالتبعية في حدود غير معقولة . فإذا توفي فنان مشهور له كثير من المعجبين والمعجبات في حادث فلا يمكن اعتبار هؤلاء المغرمين متضررين بالتبعية.

[1408] يحتوي القانون العراقي في المادة 203 على نص خاص يقضي أنه" في حالة القتل وفي حالة الوفاة بسبب الجرح أو أي فعل ضار آخر، يكون من أحدث الضرر مسؤولا عن تعويض الأشخاص الذين كان يعيلهم المصاب و حرموا من الإعالة بسبب القتل أو الوفاة".

[1409] تعقيبي مدني في 25 جانفي 1985، ن. ص. 202.



**426.** ووضع القضاء التونسي كذلك معيارا ليحدد قائمة المتضررين بالتبعية. وقد اعتمد معيار السبب المباشر.[1410] فإذا أصيب ابن في حادث مرور كان ضرره قابلا للتعويض، أما ضرر والده المعنوي فلا يعد كذلك لان سبب الضرر لا يرتبط بالحادث بل يرتبط بحالة الابن . القضاء الفرنسي مكن الوالدين والأقارب، في وضعية مشابهة، من التعويض عن الضرر بسبب تشويه خلقي لحق بمولود جديد[1411]. وكان في مواقف سابقة أعمل مصطلح الانعكاس للقبول بوجود الضررالمعنوي في جانب الوالدين جراء إصابة ابنتهما. والطريف أنه انتهى بنفس المصطلح إلى اعتبار التعويض حاصلا للوالدين بمجرد تسلية المتضررة المباشرة بجبر ضررها[1412]، دون أن يلاقي إجماعا حول النقطة. فقد اعتبرت محكمة التعقيب أن الضرر بالتبعية يجبر بغض النظر عما يلحق بالمتضرر المباشر[1413].

**427.** فقد تبنت محكمة التعقيب موقفا مخالفا، واعتبرت أن تألم الوالدين من الحادث الواقع لابنتهما يولد حق التعويض عن ضررهما الأدبي، وليس في هذا خرق للفصل 83 من م ا ع، إذ أنهما يشعران مباشرة بالألم الحاصل لمولودهما وهي المضرة الموجبة للتعويض. وفي نفس الاتجاه قضت محكمة

[1410] تعقيبي مدني عدد 27207 في 2 جانفي 1992، ن. ص. 536.

[1411] G. Viney et P. Jourdain, Les conditions, n°249-3, p.19.

[1412] حكم جناحي استئنافي عدد 47590 مؤرخ في 29 جانفي 1968، م. ق. ت. عدد 10، لسنة 1968، ص. 28. حيث ان تالم هذين الوالدين عاطفيا لحالة ابنتهما وآلامها هو مصدر تضررهما الأدبي الذي يطالبان بالتعويض عنه، وحيث أن تضررهما على هذا النحو لا يعدو ان يكون ظاهرة انعكاس ضرر ابنتهما عليهما والضرر الذي هذا شانه يجبر آليا على نحو يتناسق مع حصوله، فما دام الغرض من التعويض عن الضرر المعنوي في مثل هذه الحالة يهدف لتسلية المصاب والتخفيف عنه مما يعانيه نفسيا وعاطفيا ـ وقد قضى للبنت بالتعويض بما من شانه تخفيف وطأة مصابها ـ فوالدها يلاقيان ولا شك غبطة للترفيه عليها بهذا التعويض الذي يكون له انعكاسه عليها، وهكذا ياتي التعويض عن طريق حصول الضرر أي على طريق ظاهرة الانعكاس في الحالتين والقول بخلاف هذا من شانه أن يفتح بابا يعسر سدّه ويجعل سلسلة المتضررين متصلة الحلقات إلى حدّ لا يدرك أبعاده". ايمان ريدان، التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، مذكرة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2000-2001، ص, 104.

[1413] قرار تعقيبي جزائي عدد 7816 مؤرخ في 25 ماي 1972 . ن م.ت. 1972.

التعقيب في قرارها الصادر في 27 أفريل 1989[1414]، ذاكرة "حيث أن القول بمخالفة القرار المطعون فيه لفقه القضاء التونسي لمّا قضى بالتعويض الأدبي لوالد المتضرر (على قيد الحياة) غير سديد أيضا لأن هذا الضرر المتجسم يستحق بالفعل التعويض، خصوصا وأن عبارة الفصل 83 من مجلة الالتزامات والعقود جاءت مطلقة وتقتضي التعويض لكل من لحقته مضرة من الغير خطأ، سواء كانت المضرة جسدية أو معنوية."

**428.** والأولى اعتبار هذا الضرر ضررا بالتبعية يستحق التعويض. ويبقى القضاء أيضا غير مستقر في المسألة، فيؤكد مثلا أن الزوج متضرر مباشرة بسبب السقوط الهام الذي لحق زوجته وعطّل لديها وظائف الإنجاب والتناسل[1415]. في حين انه رفض في بعض المواقف الأخرى التعويض أساسا عن هذا الضرر. ويبدو ان التفرقة بين الضرر بالتبعية والضرر المباشر يقوم على معيار خاضع لإرادة محكمة التعقيب، فإن قبلت بالتعويض اعتبرت الضرر مباشرا أو بالتبعية، والعكس بالعكس.

### ب ـ الضرر الجماعي

**429.** ظهر هذا الضرر بفضل تكتل الأنشطة الجماعية وظهورها في إطار المنظمات وغيرها. وهي سمة أصبحت تتبع المجتمعات المتحضرّة الحديثة. وقامت هذه التكتلات بطلب للتعويض عن الضرر إذا ما تم المساس بالأهداف التي تدافع عنها. ويرتبط الأمر بمعرفة ما إن كانت محقة في أن تكتسب صفة المتضرر. فهل يحق لجمعية الدفاع عن المستهلك أو جمعية حماية

[1414] قرار تعقيبي مدني عدد 16524 مؤرخ في 27 أفريل 1989. ن.م.ت. 1989 ص 158.
يراجع أيضا: قرار محكمة الاستئناف بصفاقس عدد 3753 مؤرخ في 19 جانفي 1975 (غير منشور) مأخوذ عن عائشة بوكر مرجع سابق الذكر ص 98.

[1415] تعقيبي مدني مؤرخ في 31 ديسمبر 1992، ن. ص. 542.



البيئة بالمطالبة بالتعويض عند الاعتداء على قانون حماية المستهلك؟ أو عند النيل من البيئة وتلويثها؟ القضاء الفرنسي بدأ محترزا. ولكن عديد القوانين أقرت حقا للجمعيات لتطالب بالتعويض كلما تم المساس بأهدافها الاجتماعية. وقد تجلى هذا خاصة في القطاع النقابي، إذ تمكنت النقابات من أن تطالب بالتعويض عن الضرر الجماعي. وهو ما نلمسه في مجلة الشغل التي أقرت للنقابات في الفصل 244 الحق في التداعي لدى المحاكم طلبا للتعويض عن ضرر مباشر أو غير مباشر يلحق بالمصلحة المهنية التي تمثلها. ويمتاز القانون الأمريكي بمرونته في قبول نوعية هذه الدعاوي في حين أن القانون الفرنسي يفرق بين الضرر الذي يقوم على دعوى جماعية، والضرر الذي يثيره تكتل بين أشخاص تضرروا معا من نشاط محدد[1416]. ويقتضي استجلاء المسألة التطرق إلى دعاوى المجموعة، والضرر البيئي والدعوى الجماعية في الشركات.

**430.** هذه الفرضيات لا تعد استنادا على الميزة الشخصية للضرر، فالتجمعات والذوات المعنوية جميعها تقوم بدعاوى تعويض لحقوقها الشخصية. وتلك التي تثيرها جمعية بالنيابة عن بعض الضحايا لا تقوم على أساس ضرر جماعي ، مثل جمعية الكتاب التونسين في حقوق المؤلفين. والاعتراف قائم بأن تحديد المصطلح جوهري من الناحية المنهجية ودقيق من الناحية الأصلية، مثلما توحي بذلك مقاربة الفقه . وإجمالا لا يفيد الضرر الجماعي النيل من المصلحة المشروعة لجمع من الأشخاص، دون أن يعني ذلك المصالح الفردية مضافة إلى بعضها البعض، وتمكن بعض النصوص الأجنبية من القيام بتعويض الضرر الجماعي لصالح جمعيات أو مؤسسات، تشغل إجرائيا مركز

[1416] Civil 5 octobre1999, D.2000, p .110.

مساعد النيابة في القضايا المدنية. ونجد تطبيقا لذلك بالنسبة للنقابات وفق مجلة الشغل كما سلف بيانه. ولكن المصلحة الجماعية عرفت رواجا بينا في الأنظمة المقارنة الأنجلوسكونية خاصة، إذ ولدت دعوى المجموعة class action. وهي من الناحية الاقتصادية والاجتماعية تراوح بين التأثر بالرؤية الاقتصادية للقانون، وضرورة اعتبار ضرر منتشر بين فئة من المستهلكين أو من مجموعتهم، واعتبار مصلحة جماعية تختلف عن المصلحة العامة ومجموعة المصالح الخاصة[1417]. وهو امتداد لدور الجزاء في المسؤولية المدنية من أنه ذو بعد تنظيمي لاقتصاد السوق[1418]، ومن أنه قد أصبح يحمي المصلحة العامة من خلال الدعاوى الخاصة[1419]. وفيه حماية للمتضررين المستهلكين. وتؤدي هذه الدعاوى إلى مشكلة عملية، تنسب إلى اختلاف الضرر من شخص إلى آخر. والتعويض عن الضرر العادي المتوسط حل غير مرضي لا ينصف، مما يؤدي إلى تمطيط إجرائي، وتضاعف لصور الدعاوى، وتراجع للمناقب المرجوة من هذه الإجراءات[1420]. وتكلف من زاوية المنشآت الاقتصادية

---

1417 Jacques Laffineur, Les impacts socio-économiques de l'action collective : éléments de réflexion appliqués au contexte de l'union européenne. Européen Journal of consumer law, 2000-2008, p.44s.
ومن مزايا هذه الدعاوى تخفيف عدد القضايا في المحاكم وتقاسمها بين المتضررين. كما أنها تتناغم مع اقتصاد السوق واحترام قانون المنافسة، بتحسب الدعاوى الصادرة عن المستهلكين، واتضح ان هذه الدعاوى تشجع على الإنتاج في البلدان التي تقبل بها، كما ان مخالفة قانون المناقشة، سبيل إلى عقاب الشركات المخلة به، ويضاف لها تعويض للمستهلكين والمتضررين، مع الإساءة للصورة التجارية للشركات، وهو تعويض عقابي جسيم لا يتناسب مع ما اقترفته تلك الشركات.

1418 Chagny, droit de la concurrence et droit commun des obligations, Th. Dalloz, Vol. 32, 2004, n°520, p.514. s.

1419 Amrani-Mekki, Inciter l'action du groupe en droit de la concurrence, le point de vue d'un processualite, Concurrence, 4, 2008, p. 1. L'inefficacité d'une protection publique trouverait remède dans le développement des actions privées. Il s'agit d'une sorte de privatisation de la protection de l'intérêt général *via* la protection des intérêts privés et collectifs qui n'est pas nouvelle mais qui séduit de plus en plus.

1420 B. Deffain et M. Douat-Dubain, E. Langlais, et T. Markova, Analyse économique de la prise en charge d'accidents collectifs par le droit,



المتسببة في الضرر عبئا ثقيلا، أرقامه توحي بأهميته البالغة[1421]، وتدعم رأي من حذر من مخاطر ذهاب الاقتصاد إلى منحى عدلي، وظهور مجتمع متخاصم Litigation society. هذه الدعوى قديمة في الولايات المتحدة، وتضرب جذورها في القرن التاسع عشر. وألهمت عديد المشرعين دعوى جماعية ترمي إلى التعويض عن ضرر المجموعة، دون استنساخ لها وفق الرؤية الأمريكية وإجراءاتها، مثل قوانين الكندا والكيباك والسويد والبرتغال وانقلترا. وبذلك تعددت المصطلحات القانونية حسب هذه الأنظمة. ويتعلق مجالها بقانون المحيط، والاستهلاك، والقانون المالي، وقانون الشغل.

**431.** ومن الناحية الإجرائية، يثير نائب المدعين – ويستوي أن يكون شخصا طبيعيا أو معنويا – الدعوى[1422]. وللانتماء إلى المجموعة نلمس طريقتين: الأولى طريقة opt-out[1423] وهي تقوم على اعتبار الانتماء للمجموعة حاصلا لكل من أبدى إرادة في الانخراط في الدعوى، ولكل من

---

rapport Nancy BECA 2005, p. 708. M. A. Frison Roche, Les résistances mécaniques du système français à accueillir la class action : obstacles et incompatibilités, in colloque : Les class actions devant le juge français, rêve ou cauchemar, Université d'Evry, novembre 2004, p. 16. www. univ-evry.fr /class-actions

1421 ومنها ما تحملته شركات التبغ من تعويض يساوي 246 مليار دولار، وأن سند هذه الدعاوى تقابل 1,5 نقطة من الدخل الداخلي الخام الأمريكي، ونقطة من الدخل الداخلي الخام في الأنظمة الأخرى.

1422 وفي قانون بلاد الغال، ينتقي القاضي دعوى اختيارية، Test claimant، يكون الحكم فيها بمثابة الحل الذي يسري على بقية الدعاوى.

1423 وقد أقصى الكتاب الأخضر المقدم من اللجنة الأوروبية في 27 نوفمبر 2008 إلى نظام opt out class action ، الذي يقوم على اعتبار الدعوى شاملة لأفراد غير محددين, ومن مسلمات هذا الخيار الإقرار بالحق لمن تمثله الدعوى والخيار لصالحه في التخلي عن التداعي صلب المجموعة بالقيام تتبعات شخصية منفردة، بذلك فإن عدم ممارسة الخيار يؤدي إلى عدم الحق في مطالبة المدعى عليه. ومن الانتقادات الموجهة ضد هذا المنهج أن إعلام المعنيين بالدعوى لا يبلغ قطعا الجميع حتى وإن تم إشعارهم بوسائل الإعلام العصرية كلها، إذ لا إثبات لتلقيهم ذلك الإشعار بوجود دعوى جماعية، وهو ما سيجر القانون الفرنسي إلى قبول أنواع هذه الدعوى بعد أخذ ورذ. وقد قبل القانون الإيطالي بهذه الدعاوى منذ 28 جوان 2008 في الفصل 140 مكرر من المجلة الإيطالية لقانون الاستهلاك.

تشمله طالما لم يبد رفضا لذلك. أما طريقة opt-in، فتقوم على إرادة في الانتماء إلى المجموعة وفي التمثيل القضائي، وعلى خلاف المنهج الأول، فإن في السكوت دلالة على الرفض. ويتم إسناد الغرامات إما للمجموعة بأسرها، فيتولى نائبها محاصصة المتضررين، أو تحديد كل غرامة فردية مفرزة عن الأخرى[1424].

**432.** ومن الوجاهة التساؤل ولو نظريا عن إقحام هذه الدعاوى في القانون التونسي. الواقع أن خلايا هذه الدعاوى ذات جذوع أمريكية، وبها هنات واضحة كما أسلفنا. ومن الناحية العملية فإنها أبرزت استفادة المحامين في أمريكا، وحصولهم بسبب بند قسمة المتنازع فيه مداخيل طائلة. فهل ان هذه المآخذ جديرة باستبعادها وتركها جانبا، أم هل إن تأطيرا قانونيا سليما يحقق على العكس ضوابط تتجاوز هذه الانتقادات وتعطلها؟

**433.** الإطار القانوني لدينا منقوص. فجمعية حماية المستهلك لا تقوى على التداعي أمام المحاكم[1425]، على عكس نظيرتها الفرنسية. فقد جاء في الفصل L-421-6 من مجلة قانون الاستهلاك أنه بامكان مستهلكين فأكثر القيام بطلب تعويض الضرر الناشئ عن فعل ضار لحرفي واحد، بإسناد نيابة لجمعية حماية المستهلكين في إطار دعوى action en représentation conjointe، وهي ذات شبه كبير بدعوى المجموعة في القانون الأمريكي[1426].

[1424] حول اختلافات القانون المقارن: التقرير الفرنسي حول إقحام دعاوى المجموعة ص 14 وما يليها.

[1425] على عكس النظام الفرنسي، ومن الأمثلة التطبيقية القيام بدعوى جماعية لإلغاء بند تعسفي على معنى الفصل L-421-6 من مجلة الاستهلاك.

[1426] Mme Neelie Kroes, commissaire à la concurrence : « Ces victimes ont le droit d'être indemnisées au moyen d'un système efficace complétant l'action des pouvoirs publics, tout en évitant les excès potentiels du système existant aux Etats-Unis ».



ومن القواعد الإجرائية التي يجب احترامها قاعدة ألا دعوى بالنيابة "Nul ne plaide par procureur"[1427]، وتفيد في دلالتها التقليدية" أنه لا يمكن إنابة وكيل في الدعوى بشكل مطلق، دون أن يحدد اسم الموكل في الإجراءات قصد استصدار الحكم"[1428].

وهي تؤدي إلى ثقافة المنافسة، ولا تصب في ثقافة التنازع. ومن التطبيقات التي تثيرها، ما يرتبط بالضرر البيئي.

**الضرر البيئي الصرف**

**434.** مضار الجوار تبقى سبيلا إلى دعاوى فردية، بسبب الدخان والضوضاء والضجيج. أمّا النيل من المحيط بسبب التلوث باختلاف أشكاله فيشمل رقعة جغرافية أكثر اتساعا، وملأ أكبر من المتضررين. وإذ لم نجد في قوانين حماية المحيط لدينا ما يخوّل إثارة دعاوى جماعية[1429]، فإن بعض القوانين قبلت بقيام جمعيات الدفاع عن مصالح مشتركة للمتضررين. أما الضرر البيئي الصرف، فهو ضرر يلحق بالبيئة في حد ذاتها.

[1427] تصطدم هذه الدعوى بحجتين قانونيتين في فرنسا: الأولى لا دعوى بالنيابة، والثانية أساسها قرار من المجلس الدستوري الفرنسي في 25 جويلية 1989. صدر هذا اقرار حول تطبيق الفصل 29 من مجلة الشغل الفرنيسية الذي يخول للنقابة الحق في التداعي باسم العامل دون حاجة بتوكيل على الخصام. ويمكن له بعد إعلامه من الاعتراض، فإن أحجم عن ذلك اعتبر موافقا ضمنيا على قيام الدعوى من النقابة، وهو ما يتطابق مع نظام opt outفي دعاوى المجموعة. ولم ير المجلس الدستوري الفرنسي تعارضا مع الدستور، و بالتحديد مع الفصل الأول من إعلان حقوق الإنسان المؤرخ في 26 أوت 1789

[1428] Nul ne plaide par procureur : « nul ne peut se faire représenter par un mandataire qui figurerait seul dans l'intance, que le mandant doit toujour être en nom dans les actes de procédure et les jugements». Henri Roland, et Laurent Boyer, Locutions latines du droit français, Litec, 4e éd. 1998, p. 551.

[1429] L. Chikhaoui, Droit de l'environnement, A. Hammami, th. préc.
من ذلك أن القانون الفرنسي أرسى دعاوى التمثيل المشترك في الفصل L.611,4 منذ قانون 2 فيفري 1995.

والمبدأ أن الضرر البيئي لا يؤدي إلى التعويض إلا عندما يسبب أضرارا شخصية[1430]. ولا يهتم مفهوم الضرر البيئي الصرف في ظاهره بالتواصل مع ما هو سائد في الضرر، من أذى شخصي لأفراد أو جماعات، بل نراه نظريا في فندق منعزل، يحمل مفهوما منشغلا بالتلوث والإخلال بالايكوستام، وفق الرؤية التي دافع عنها هانس جوناس[1431]. وهو يميز الضرر البيئي الصرف الذي يتسلط على المحيط الطبيعي مباشرة دون أن يلتفت إلى تداعياته على المصالح الشخصية[1432]، واضعا نصب عينيه مصالح الأجيال القادمة والحرص على التنمية المستديمة. ولكنه لا يمكن أن ينعطف عن هذا التصور انعطافا كليا، ليسقط من رؤيته الضحايا والمتضررين، وكأن المحيط في كنهه ذات[1433] لها مقومات الحماية القانونية للأشخاص[1434]. فيلتقي بالضرورة مع الضرر الجماعي، وينفتح عليه ويتقاطع معه، ليصبح المسلك السليم للتعويض، بعد أن انكسر طموح الحق الذاتي في محيط سليم — مجسما

1430 G.Viney, le préjudice écologique, in le préjudice, questions choisies, Resp. civ. et assur. n° hors série, 1998, p. 6. Patrice Jourdain, Le dommage écologique et sa réparation , rapport français, in Les responsabilités environnementales dans l'espace européen, point de vue franco-belge, ouvrage collectif sous la direction de G. Viney, et B. Dubuisson, LGDJ, Bruylant, 2006, p.144.

1431 H. Jonas, Le principe de responsabilité, une éthique pour la civilisation technologique, éd. du Cerf, 1990.

1432 G.J. Martin, Réflexions sur la définition du dommage à l'environnement : le dommage écologique « pur », Droit et environnement, PU Aix-Marseille, 1995, p. 115.

1433 وفق نظرية أمريكية جاءت تحت قلم ستون وانتقلت إلى كتاب فرنسيين دون أن تسلم من انتقادات لاذعة.

M. A. L'Hermitte, Le concept de diversité biologique et la création d'un statut de la nature, in L'homme, la nature et le droit, éd. Bourgeois, 1988, p. 225.

1434 Ph. Brun, n° 241.



في صيغ نصوص دولية[1435] ألهمت أخرى وطنية[1436] — في تأسيس حق التعويض[1437]. وتحمل حينئذ جمعيات حماية المحيط لواء هذه الدعاوى وتترشح للمطالبة بجبره[1438].

1435 La Déclaration de Stockholm de 1972 qui énonce dans son article 1er : « L'homme a un droit fondamental à la liberté, l'égalité et à des conditions de vie satisfaisantes dans un environnement dont la qualité lui permette de vivre dans la dignité et d'améliorer l'environnement pour les générations présentes et futures » ; texte repris par la Déclaration de Rio en 1992.

1436 L'article 1er de la loi française, appelée loi Barnier du 2 fév. 1995 qui dispose que chacun a droit à un environnement sain et qu'il est du devoir de tous de contribuer à sa préservation.

1437 لم تفلح نظرية الحق في المحيط السليم،أو التي اعتبرته حقا من حقوق الإنسان في ضمان حماية له، رغم التنويه بها ممن لهم راي ثاقب في المسألة.

G.Farjat, pollutions et nuisances en droit tunisien, R.T.D. 1976, II, p.29 ; J.Untermaier, Droit de l'homme à l'environnement et liberté publique, RJE 1978-4, p. 328 cité par P. Jourdain, art.préc. n° 19 ; G. J. Martin, De la responsabilité civile pour faits de pollution au droit à l'environnement, LGDJ, 1976.

ولكن تحوله إلى حق دستوري كما هو الشأن في فرنسا يصبح إرهاصا لولادة نظام تعويضي يضاهي في حمايته النظام الخاص للحقوق الشخصية

G. Viney et P. Jourdain, Les conditions de la responsabilité, n° 269-2, p.69 ; Les effets de la responsabilité, LGDJ, 3e éd. n) 90, p.233.

1438 حتى و إن وصف الضرر خطأ، ضررا شخصيا، في الأنظمة التي أقرت بحق هذه الجمعيات في التداعي عند النيل من أهدافها الاجتماعية، كشأن النظام الفرنسي إذ رأى القضاء الفرنسي أن هلاك طائر جارح يسبب ضررا شخصيا لجمعية حماية الطيور المهاجرة

Civ. 1re, 16 nov. 1982, Bull. civ. I, n° 331, sur pourvoi de TI Tournon, 28 avr. 1981, Gaz. Pal. 1981, 2, 560, note ALAUZE ; RTDciv. 1981, p. 853, obs. G. Durry. L'affaire célèbre du balbuzard-pêcheur dans laquelle l'action d'une association de protection des oiseaux migrateurs a été accueillie aux motifs que la mort d'un rapace constitue « un préjudice moral direct et personnel en liaison avec le but et l'objet de ses activités », citée par P. Jourdain, art. préc. n° 22, note 67. V. aussi, TGI Morlaix, 19 fév. 1998, inédit, cité in Lamy Droit de la responsabilité, n° 375-75, pour la pollution d'une rivière; Crim., 23 mars 1999, P. n° 98-564, cité in Lamy Droit de la responsabilité, n° 375-75.

## الفقرة الثالثة: الضرر والمصلحة المشروعة

**435.** الضرر حسب النظرة الألمانية هو انتقاص للذمة يمكن تقديره. ولكنه يرتبط مع المصلحة المشروعة[1439] في بعض الأنظمة الأخرى. وهذا المصطلح يذكر بالحق الشخصي كما عرفه اهرنج، من أنه " مصلحة مشروعة يحميها القانون". وهو لا يتطابق مع الحق الشخصي وإلا فإن هذا الشرط يضيق كثيرا من الضرر ومن التعويض.

المصلحة المشروعة شرط من شروط المطالبة بالتعويض عند الضرر. والمصلحة هي أيضا شرط من شروط الدعوى على معنى الفصل 19 من مجلة المرافعات المدنية و التجارية. ولكن المصطلحين يخفيان مدلولين مختلفين، فالأول يقوم على شروط إجرائية، أمّا الثاني فيقوم على شروط أصلية. فقد يفلح المتضرر في دعواه، دون أن يفلح، وهو صاحب المصلحة المشروعة المعتدى عليها، في إعادة الأمر إلى ما كان عليه، بزوال آلامه وحسرته مثلا.

**436.** فعند الاعتداء على الحرمة الجسدية يكون الضرر الذي يقوم على تعطل الانفاق والنيل من سلامة البدن مرتبطا بمصلحة مشروعة. والمصلحة تكون غير مشروعة إذا كانت متعارضة مع النظام العام والأخلاق الحميدة، ولا حق لأحكام المسؤولية أن تقدم تعويضا متكافئا[1440] عما تمنعه بحكم القانون. فالذي يتأذى من إتلاف بضاعة مقلدة لا يحصل على تعويض عنها. ويختلف الأمر عما إذا كان المتضرر في وضعية غير مشروعة، فهذا لا

[1439] هناك حقوق لا يتم التعويض عنها، وهو ما يقدم حجة للقائلين بالتفريق بين الضرر الفعلي والضرر القانوني، إذ كل ضرر لا يؤدي إلى التعويض.

Borghetti, art. préc. p. 156.

[1440] Ph. Stoffel-Munck, obs.civ 2, 22 févier 2007, JCP 2007, I, 185 n°1.



يعني حينها أن المتضرر غير محق في التعويض. فمثلا إذا امتطى إنسان حافلة أو قطارا دون أن يؤدي معلوم النقل، فأصيب بأضرار، فإن له رغم وضع غير شرعي، مصلحة مشروعة في الحصول على التعويض[1441]. وهي لا تتطابق مع الحق، وتتسع لتشمل كل مصلحة مالية حتى التي "لا تخرج عن الإطار الأخلاقي والالتزامات الطبيعية التي ألفها عامة الناس وسلموا بها"[1442]. ولكن المصلحة المشروعة عادت كمعيار للضرر، فحرم القضاء العامل دون تسوية أوراقه القانونية من التعويض[1443].

**437.** هذه الميزة كانت أثارت نقاشا قضائيا في فرنسا، محوره حق الخليلة في المطالبة بالتعويض عن ضررها المادي عند وفاة خليلها. القضاء الفرنسي بدأ رافضا للدعوى لأنها لا تتعلق بمصلحة مشروعة يحميها القانون. وانتهى القضاء الفرنسي إلى تمكين الخليلة من التعويض عن الضرر المادي والأدبي لأنها صاحبة مصلحة مشروعة يحميها القانون. و ردّ دعوى الزوجة الشرعية في الحصول على التعويض ومكّن الخليلة من ذلك. قبل قرار Dangeureux قبل القضاء الفرنسي بدعوى التعويض الأدبي لصاحب الكلب والحصان بسبب وفاة الحيوان الأليف. وانتهى القضاء الفرنسي إلى تمكين الخليلة من الحصول على التعويض عند وفاة خليلها.

## الفقرة الرابعة: إدراك الضرر

**438.** أما الوعي بالضرر فيطفو على السطح، بفضل التقدم العلمي الطبي الذي تجاوز خطورة الإصابات العصبية، ليستبقي المتضررين على قيد

[1441] Civil 2ème 13 décembre 2001, RTDcivil 2002,p. 531et les observations.

[1442] تعقيبي مدني عدد 1948 مؤرخ في 31 أكتوبر 2005، ن.ص.77.

[1443] Civil 2ème 24 janvier 2002, RTDciv. 2002, p. 306.

الحياة، بإمكانيات حيوية محدودة، تتراوح بين الموت السريري والغيبوبة والوعي المحدود[1444]، زد على ذلك ترافق الشعور بالضرر والوعي بأبعاده عند فقدان الميز والجنون وما شابهه من عاهات ومن وضع يكون فيها مفقودا مثل الصغر.

ويعانق الضررإشكالا ذا بال، فإذا كان المتضرر عديم الوعي والاحساس بضرره، فهل من حق له في التعويض؟ وهل يعتبر ظاهرة موضوعية بحتة، أم هل إنه في بعده الذاتي يقتضي الوعي والإدراك من المتضرر؟ تفرعت عن السؤال نظريتان (أ)، كان للقضاء أن يرجح بينهما(ب).

## أ ـ النقاش النظري[1445]

تجاذب اتجاهان، ذاتي وموضوعي، الحجج والحجج المضادة في خصوص المصاب فاقد الوعي.

**439.** أكدت النظرية الذاتية[1446] أن الضرر لاحق بالشخص المصاب ومرتبط به أيما ارتباط. فلا وجاهة إذن في التعويض عن ضرر لمن لا يعي وعيا ماديا ببدنه[1447]، ولا يحس بوطئته عليه، لتعتبر الوعي جزءا لا يتجزأ من الضرر، يحكم مصيره وجودا وعدما. فلايحصل من لا يدرك حقيقة ضرره سوى على ما يوفر حاجياته في الاستعانة بالغير وتلبيتها على ضوء القصور

1444 Isabelle Lutte, Steven Laureys, La conscience de la victime, une nouvelle condition de la réparation du dommage, RGAR, 2008, octobre, p.13.
1445 Sur la discussion, D. Mazeaud, Lamy droit de la responsabilité, n° 214-57.
1446 L. Cadiet, Le préjudice d'agrément, th. Poitiers 1983.
1447 CE. 27 Avril 1997. Csrts Alix, Rec. P. 167, D.1997, IR, p. 136.



المطلق الذي لحق به[1448]. ويعاب عليها التمييز بين المتضررين ورفع المساواة بينهم ، والنزول بالمتضرر الذي فجع في وعيه إلى منزلة الأشياء والجمادات .

**440.** ونزعت النظرية الموضوعية إلى بتر الوشيجة بين إدراك الضرر والإحساس به والتعويض عنه. فالضرر هو مايعاين من الغير، دون التوقف على مدى تصوره من المصاب نفسه. وهي تحتكم إلى المصلحة المشروعة والنيل منها لقيامه، دون تضييق راجع إلى وضع المصاب، إذ تكتفي بالمقارنة بين الحالة التي كان عليها، وما آل إليه، أو بالخطورة المطلقة والجسيمة لما ألمّ به، لينقلب تردّي الوعي أو فقدانه إثباتا لضرر شخصي[1449]، يقدّر بشكل مجرد[1450] . وإن كان الضرر في جوهره ذاتيا ومجسما، فالقول بانعدامه لغياب الإدراك محل نظر. ولم يأت العلم على فصل قاطع بين الوعي وفقدانه المطلق، وعند الشك ينتفع المتضرر بالتعويض[1451]. وقد تبدو هذه الرؤية بالنسبة لمن كان في غيبوبة عميقة تشارف الموت السريري، قد بلغت أوجا يبرر الوقوف على ضرر مصطنع. مما حدا بالبعض إلى تبني موقف وسط، يميز بين الأضرر المالية والإقتصادية من جهة، والمعنوية من أخرى، ليلف هذه بالاحتراز[1452]. ولكن القضاء يغلب في مجمله النظرية الموضوعية.

1448 Barrot R., Le dommage corporel et sa compensation : pratique médico-légale et judiciaire, Litec, 1988, p. 389 : «… Il est donc nécessaire de substituer au système habituel d'indemnisation un procédé adapté aux besoins futurs réels de l'handicapé. L'objectif est de lui assurer dans l'avenir des conditions de vie aussi satisfaisantes que possible, compte tenu du milieu auquel il appartient ».
1449 Y. Lambert-Faivre, Droit du dommage corprorel, 6e éd. Dalloz, 2009, n° 150, p. 249.
1450 G. Viney, P. Jourdain, Les conditions, n°265-1, p.59.
1451 Ph. Brun, La responsabilité, préc. n°244, p. 127 ; Carbonnier, n° 208 « Et qui peut affirmer que derrière l'impuissance à s'exprimer ne subsiste pas une capacité de sentir ? ».Y. Lambert-Faivre, Droit du dommage corprorel,préc ;
1452 D. Mazeaud, Lamy droit de la responsabilité, n°214-63 ; Ph. Brun, op. cit.

**441.** غلبت في بعض القرارات المقارنة البلجيكية[1453] والفرنسية[1454] النزعة الذاتية لأن الضرر لا يكون إلا مجسما. ولكن فقه القضاء ينتصر في جله إلى النظرية الموضوعية . هذا ما يستخلص أولا من قراءة من منظار جديد للتعويض عن الضرر الأدبي للجنين والطفل فاقد الميز كما ارتآه القضاء التونسي. ويتواصل كذلك هذا التيار من خلال فقه القضاء الإداري[1455]. والقضاء المقارن ميال في نزعاته إلى هذا الموقف، كما يلمس ذلك لدى محكمة

[1453] Isabelle Lutte, Steven Laureys, pré. n°24, note 60 et 70. Pol. Charleroi, 8 mai 2007, C.R.A. 2007, p.373 « L'octroi d'un dommage ex haerede entre l'accident et le décés est subordonnée à la conscience par la victime de sa déchéance physique. La victime se trouvant dans un état de coma irréversible, végétatif, et étant inconsciente dès l'arrivée des verbalisants sur les lieux de l'accident, pareil dommage ne peut-être allouée ». Corr. Arlon, 29 juin 2001, EPC 2004, III,2, Arlon, p. 33 : « *Attendu que se pose l'indemnisation du dommage moral d'une victime se trouvant dans le coma ; que l'état de coma implique l'abolition totale de la conscience ; que le dommage moral réclamé pendant ces journées de coma ne sera pas octroyé* ».

[1454] TGI Paris, 6 juill. 1983, D. 1984, jur, p. 10, note Chartier Y. « la situation particulière d'un grand handicapé (...) exige une indemnisation spécifique. Il est nécessaire de substituer au système habituel d'indemnisation un procédé adapté aux besoins futurs réels de l'handicapé pour lui assurer dans l'avenir des conditions de survie aussi satisfaisantes que possible, compte tenu du milieu auquel il appartient. Le grand handicapé a besoin d'un logement, pour lui-même et pour la tierce personne, d'un matériel adapté, d'un moyen de transport hors du domicile, et d'une assistance permanente ainsi que de l'alimentation et de l'entretien nécessaire

[1455] قرار استئنافي في المادة الإدارية عدد 901 مؤرخ في 6 ماي 1991، صادر عن الجلسة العامة للمحكمة الإدارية، م.ق.ش، عدد 7، جويلية 1992، ص 151" إن الحروق التي أصابت يد الوليدة لا يمكن أن تنتج إلا عن خطأ مرفقي وانخرام في سير المصالح الاستشفائية موجب لثبوت مسؤوليتها وتفتح باب التعويض للمتضرر منها، إن فقه قضاء المحكمة الإدارية استقر على استحقاق القاصر لغرم الضرر المعنوي. إن المتضررة ولئن كانت رضيعة زمن الحادث فإنها ستحس لا محالة عند إدراكها سن التمييز بالنقص الحاصل بيدها من جراء فقدان اصبعيها".



التعقيب الفرنسية[1456]، ومجلس الدولة الفرنسي[1457]. كما أن القضاء الانقليزي يسير هو الآخر في تبني نفس النظرية[1458]. وهو موقف سليم لا يترك القصر والأطراف الضعيفة أو التي استضعفت بفعل غوائل الدهر في زمرة دنيا، لا سيما وأن حمايتهم تتحقق أيضا من خلال تصرف النائب القانوني في أموالهم وفق مصالحهم القانونية.

أمّا الذوات المعنوية فلا تبدو وفق فقه القضاء محقة في التعويض عن ضررها الأدبي. فهي "تتمتع بشخصية قانونية افتراضية، مما يجعلها تتمتع بأهلية الوجوب والأداء قانونا، ولكنها لا يمكنها أن تكتسب الأحاسيس الإنسانية،

[1456] Cass.crim, 3 avr. 1978, n° 76-90.623, JCP éd. G 1979, II, n° 19168, note Brousseau; RTDCiv. 1979, 801, note G. Durry; Cas. 22 février 1995, RTDCiv, 1995, 629, note Jourdain; D. 1996, J, 69, note Y. Chartier. « ... L'indemnisation d'un dommage n'est pas fonction de la représentation que s'en fait la victime, mais de sa constatation par les juges et de son évaluation objective dans la limite de la demande dont ils sont saisis ».

[1457] J. Momas, Le dernier avatar de la prise en charge du pretium doloris et du préjudice d'agrément par les juges administratifs : sa reconnaissance pour les victimes en état végétatif, Méd. &Dr. 2005, p.85s.

والقضاء الالماني والسويسري والنمساوي أيضا

Les références citées par Isabelle Lutte, Steven Laureys, pré. n°27, notes 82, 83, 84.

[1458] Unconsciousness does not eliminate the actuality of the deprivations of the ordinary experiences and merits of life, H. West et son V. Chepard, in W. Van Gerv, Tort law, Oxford, Art publishing, 1999, p. 103, cite par Isabelle Lutte, Steven Laureys, pré. n°27 ; H. Street, The law of Torts, Londres, Butterworths, 1983, p. 211 Damges are awarded for the fact of deprivation, a substantial loss. The award for loss of amenities must be made on the basis amenities lost; it is irrelevant that the plaintiff is unaware of this deprivation...In short, damages under this head are not reduced because the plaintiff has been rendered unconscious or unable to appreciate his loss.

وتكون الحقوق المترتبة عن عواطف الألم والحزن من الحقوق الممتنعة عنها"[1459].

## القسم الثاني : انـــواع الضــــرر

هناك الضرر المادي(**الفقرة الأولى**)، والضرر المعنوي(**الفقرة الثانية**).

### الفقرة الأولى : الضرر المادي

#### أ ــ الضرر المادي في المسؤولية التقصيرية

**442**. ضبطه الفصل 107م ا ع الذي ينص" الخسارة الناشئة عن جنحة أو ما ينزل منزلتها تشمل ما تلف حقيقة لطالبها وما صرفه أو لابد ان يصرفه لتدارك عواقب الفعل المضر به والأرباح المعتادة التي حرم منها بسبب ذلك الفعل وتقدير الخسارة من المجلس القضائي يختلف باختلاف سبب الضرر من كونه تغريرا أو خطأ".

الضرر المادي هو الربح الفائت والخسارة اللاحقة. مثلا يصاب إنسان في حادث مرور فيعجز عن الكسب لمدة محدودة. الخسارة تشمل ما فاته من مداخيل كان يحصل عليها وتشمل ما دفعه مقابل الكشف والعلاج للإصابات التي لحقته[1460]. يسهل عموما إثبات الضرر المادي ويسهل احتسابه بالجمع بين الخسارة اللاحقة والربح الفائت.

ويضاف إليه الضرر البدني الذي يشمل الإعاقات التي تصيب الجسد.

[1459] تعقيبي مدني عدد 54300 في 21 أكتوبر 2010، غير منشور. وقد رأى هذا القرار ان "المساس بالسمعة التجارية لا يترتب حقوقا أدبية وإنما يرتب حقوقا مالية لتعويض ما يرتب عن ذلك من خسارة في المرابيح أو من عوائق حالت دون ارتفاعها يكبح ازدهارها وزيادة عدد حرفائها".

[1460] تعقيبي جزائي مؤرخ في 28 ماي 1998 قضاء وتشريع 1998 عدد 3 ص. 88. تعقيبي مدني مؤرخ في 17 فيفري 2000، ن. 2000 ج. 1 ص. 48.



#### ب ــ الضرر المادي في المسؤولية التعاقدية

**443**. حدده الفصل 278 م ا ع وهو ما نقص من مال الدائن حقيقة وما فاته من الربح من جراء عدم الوفاء بالعقد مثل شخص يتعاقد مع بناء لتشييد منزل فيتأخر عن تسليم المنزل و عن إتمام الأشغال في الأجل المحدد. واتضح أن البناء معيب ويستوجب الإصلاح .الضرر المادي هو الخسارة التي لحقت بصاحب المنزل من جراء التأخير وكذلك ما دفعه لاصلاح العيوب و تسوغ منزل ريثما يتم الإصلاح. الضرر المادي قابل للتعويض بخلاف الضرر الأدبي الذي لا يكون دقيقا في ذلك.

### الفقرة الثانية :الضرر الأدبي

لايبدو التعويض عن الضرر الأدبي موضع إجماع(أ). ومع ذلك فأنواعه عديدة (ب).

#### أ ــ قابلية الضرر الأدبي للتعويض

**444**. الضرر الأدبي ضرر غير ملموس. فالتشويه الخلقي ينعكس على شخصية الشخص ومظهره. والثلب والنيل من السّمعة والشرف يؤديان إلى خدش العاطفة الشخصية. وقد عرّفت محكمة التعقيب الضرر المعنوي سواء عند وجود عجز بدني به أو عند فقدان عزيز من أنّه "الشعور بالحسرة والألم والشعور بضيق نفسي تدل عليه جملة من العناصر ويكون خاضعا في تقديره إلى اجتهاد القضاء"[1461]. وتنتهج محكمة التعقيب أسلوبا بلاغيا لتصوير حرقة الفراق وهول الصدمة لتبرر التعويض[1462].

[1461] قرار تعقيبي عدد 75543 في 17 أفريل 2000.ن.ص.48. و كذلك تعقيبي جزائي عدد 24603 مؤرخ في 01 مارس 2008، ن.ج. ص.259. "إن الضرر المعنوي ليس اعتداء على حقّ أو على مصلحة مالية مشروعة، بل هو من قبيل الألام والأوجاع والتشويش وسقوط متع الحياة في الأضرار

هذه الطبيعة غير الماديّة جعلت البعض ينفي إمكانية التعويض عنه، والبعض الآخر يقرّ على العكس بذلك.

**445**.فلمن ينفي قابلية الضرر الأدبي للتعويض حجة تستند إلى تعارضه مع الأخلاق. فالألم دفين ولا يمكن أن يتم التعويض عنه، بالإضافة إلى أنه لا يتصوّر لصالح المتضرر بالتبعية. و يعكّر النطق به مع الغرم الماديّ وضعية المسؤول، ويعكس تأثير المسؤولية الجزائية على المسؤولية المدنية. و يؤدي خضوعه لتقدير القضاء إلى التحكم في ضبطه .

**446**. وعلى العكس، رأى أنصار التعويض أن هذه الحجج لا تستقيم. فلا بدّ مبدئيا من التعويض عن الضرر الأدبي، ولا وجود لتأثير للمسؤولية الجزائية على التعويض. ثم إن الأخلاق لا تمنع من هذا التعويض، بل على العكس تكون وازعا لمساواة المتضرّر وتخفيف شعوره بالأسى. ولا يكون خضوعه لتقدير القضاء سبيلا إلى التحكم لأن الاقتراب من حقيقة قيمته أفضل من ردّ التعويض أصلا.

**447**.هذا الجدل حسمه القانون التونسي في نصوصه. وقد ذكره الفصلان 82 و83 م ا ع ذلك صراحة[1463]. وسار القضاء التونسي في ذلك، بل

التي تصيب الجسد، وهو كلّ ما يصيب الشرف والاعتبار والعرض في الاعتداء على الكرامة، وهو كلّ ما يصيب العاطفة والشعور والحنان، وهو كلّ ما يبقي من حسرة في الاعتداءات التي تصيب الحقوق الثابتة مثل حق الملكية".

1462 قرار محكمة التعقيب عدد 5482 بتاريخ 7 فيفري 2005، ن. ص.101 :"إن الفاجعة التي أصابت والد الجنين بوفاة هذا الأخير تمثل ضررا ثابتا وحالا ومباشرا إذ أنه رزي في فلذة الكبد قبل ان ترى النور وأصيب بخيبة الأمل في ان يبشر به وليدا ويهدهده رضيعا ويلاعبه ويتخذه رفيقا عند بلوغه سن الشباب ومتكئا عمادا له في شيخوخة فإذا هو يتجرع مرارة الثكل ويرى ثمرة فؤاده تقصف وتوارى التراب فهو الكظيم يلحد بعضه بعضا. وحيث فقد الابن بموت أمّه جنينها أخا يؤانسه في الملمات يؤازره يخفف عنه مرارة اليتم ويجد فيه ريح أمّه".

1463 ذكر عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول، ف.873، ص.533، نصوصا لفقهاء المسلمين تحقق التعويض عن الضرر الأدبي. فكرة التعويض عن الضرر الأدبي موجودة في الفقه الإسلامي، فقد روي عن محمد بن الحسن الشياني، تلميذ أبي حنيفة (السرخي، ج



إنّه مكّن منه أيضا حتى في حوادث الشغل وبالتحديد في حادث الطريق الذي يحصل للعامل عندما يكون متجها إلى العمل أو راجعا منه وفقا للفصل 5 من قانون فيفري 1994[1464]. لم يمكن هذا القانون من التعويض عن الضرر الأدبي. ولكن القواعد العامة للمسؤولية مكّنت من التعويض عن الضرر الأدبي. وهذا موقف مستقرّ لدى القضاء، يقابله إعراض عن الأمر إذا تعلق بعقود النقل، بحجة أن الفصل 655 م ت يصيّر الناقل مدينا بالأضرار البدنية أو المادية التي تطرأ على المسافر أثناء عقد نقل الأشخاص[1465]، دون أن يأتي على الضرر الأدبي. ولا يعدّ صمت المشرع عقبة تنفي التعويض عنه. فالفصل 107 م ا ع لم يتعرض إلى الضرر الأدبي، فكان من القضاء إلا أن حكم به لصالح المتضررين الذين استندوا على أحكام المسؤولية الشيئية[1466].

32، ص 71) في الجراحات التي تندمل على وجه لا يبقى لها أثر أنه: "تجب حكومة العدل بقدر ما لحقه من الألم". وفي الفقه الزيدى جاء في البحر الزخار (ج5، ص 370): " ومن أصاب سنا فاضطربت انتظر بروؤها المدة التي يقول أهل الخبرة تبرأ فيها. فان سقطت فدية، وان بقيت فحكومة.. وفي الألم حكومة.. وفي الايلام حكومة.. وفي السن الزائدة على العدد حكومة، إذ لا منفعة ولا جمال".. وجاء في مكان أخر (ص 373): " ولا شيء في قطع طرف الشعر، إذ لا يؤثر في الجمال. فان أثر بان أخذ النصف فما فوق فحكومة لما فيه من الزينة". وفي فقه الشيعة جاء في شرائع الاسلام للمحقق الحلي (القسم الرابع، ص 332): ".. ولو أنبت في موضع (السن) المقلوعة عظما فنبت فقلعه قالع.. ان فيه الأرش لأنه يستصحب ألما وشينا". والظاهر من النصوص المتقدمة ان التعويض يجب عن الالم والايلام والشين وتفويت الزينة والجمال. وهذه الصور كلها الضرر فيها ليس ماديا، بل نفسي، وذلك لما يحدثه الفعل الضار في نفس المضرور من ألم حسي في جسمه، أو نفسي لما يشعر به من الحسرة على فوات جمال أو زينة وذلك بما يحدثه من شين، أي قبح، لدى المضرور. وهذا هو ما يقول به الفقه الغربي من التعويض عن الضرر الأدبي ينشأ عما يشعر به الإنسان من الألم النفسي ولو لم يكن عن أذى مادي.

1464 وذهبت محكمة التعقيب إلى ذلك في ظل القانون القديم طبقا للفصلين 6 و7 منه.تعقيبي مدني عدد 51071. دوائر مجتمعة في 28 ماي 1998، قرارات الدوائر المجتمعة 1997.1998.ص.33.

1465 تعقيبي مدني عدد 25213، في 4 أفريل 2009، ن. ص. 199.

1466 تعقيبي مدني عدد 7120، في11 جانفي 2007، ن، ص. 191. إن فقه القضاء قد دأب واستقر على مشروعية طلب التعويض في إطار المسؤولية الشيئية المادي والمعنوي، إضافة إلى أن الفصل 107 من م ا ع المشار إليه بتعلق بتحديد عناصر التعويض عن الضرر المادي ولا يشمل الضرر المعنوي باعتبار أن هذا الأخير لا يقدر في الحقيقة بمال.

**448.** وتراجعت أهمية هذا الضرر في قانون التعويض عن حوادث السير، فتقلصت قائمة المستحقين، بعد أن كانت القرابة الدموية أو بالمصاهرة قرينة على الشعور بالأسى واللوعة والضيق. وأصبح تقديره تقديرا مجردا، يتساوى فيه المتضررون، وكأن القدرة على الإحساس، وهي من جوهر الانسان، تعني في القانون الجديد تعادل الشعور وتساوي ردود الفعل، فتصبح النساء كلهن مرهفات المشاعر كخنساء صخر، ويبثّ الرجال ما في أفئدتهم المكلومة بحرقة يعقوب أو بوجع القيرواني. أما تقديره، فيليق بمن أفلست مشاعره وجف نبعها، واستوى لديه هديل الحمام ونواحها.

### ب ـــ أنواع الضرّر الأدبي[1467]

449. هذه الأنواع كثيرة لا يمكن حصرها وتختلف من نظام لآخر، وترتبط بنمط الحياة وبالمستوى الثقافي والاقتصادي. هناك من الفقهاء في القانون الفرنسي من نادى بتحديد الأضرار في القضاء ، والتي بلغت سبعة عشرة ضررا أدبيًا. وتسند التعويضات عنها حتى للمتضرر الذي يكون في حالة غيبوبة. وفي الفترة التي يقضيها في الإنعاش يتم له التعويض. وقد وجدت أنواعا جديدة من هذه الأضرار لم تكن معروفة في بداية القرن مثل ضرر الألم، والضّرر الخاص الناشئ عن السيدا وضرر التدخين.

#### 1 ـــ ضرر الألم : Pretium Doloris

**450.** كل من يصاب في بدنه يشعر بألم، ويكون هذا الألم سببا في التعويض. ولا نجد في القانون استنادا واضحا إلى هذا النوع من الضرر، فيدخل في إطار الضرر الأدبي، في حين أن القانون المقارن جعل هذا الضرر

[1467] محمد الشرفي، "التعويض عن الضرر الأدبي"، القضاء والتشريع 1973، ص. 353.



ضررا موضوعيا، فمكّن من التعويض حتى لمن بقي طويلا في حالة غيبوبة عميقة، ومتعلقا بالحياة بفضل الآلات التي تضمن له وظائفه الحيوية.

#### 2 ـــ ضرر الموت

**451.** يقوم هذا الضرر بسبب شعور الإنسان باقتراب ساعته وقد يهلك المتضرر لحينه بفرط إصابة قاتلة. ولكن الحيّز بين الإصابة والوفاة قد يستغرق بعض الوقت، يكون المتضرر خلاله واعيا بما يجري حوله وواعيا بإشرافه على مغادرة الحياة. ويمكن له وفق القضاء الفرنسي أن يطالب بالتعويض عن ضرر الموت بشرط وجود الفارق الزمني بين الوفاة والإصابة. وينتقل هذا الحق إلى الورثة. القضاء التونسي بدأ رافضا لذلك[1468]. لكن قضاء الأصل أصبح منتصرا للتعويض عن ضرر الموت، بشرط وجود الفارق الزمني بين الإصابة والهلاك. أما محكمة التعقيب فقد عرّفته كضرر" حاصل للهالك خلال حادثة الوفاة، وهو يتمثل في التعويض عما كابده من جراء الإصابات القاتلة قبل مفارقته الحياة ومن جراء انتزاع حق الحياة منه في الحادثة التي تسببت في الوفاة، ... ويبقى ضررا شخصيا يتعلق بصاحبه، ولا يمكن أن ينتقل لورثته باعتباره حقا غير قابل للإحالة طبق ما أقره الفصل 201 م ا ع"[1469]. وهي بذلك تلتقي مع أول قرار تعرض للمسألة. ولا يسلم رفضها القاطع انتقال هذا الحق من الاحتراز، لاسيما فيما قدّمته من مرجع قانوني، استند إلى الإحالة التعاقدية، في حين أن ذلك يتمّ قانونا آليا وفق أحكام الميراث. فإذا نشأ الحق، عمّر ذمّة الهالك قبل وفاته، وانتقل بداهة إلى خلفه. والمنطق يفترض أن المحكمة تقضي لهم به على حسب ما تنسبه هي.

[1468] قرار استئناف محكمة سوسة 19 سبتمبر 1978 المجلة التونسية للقانون 1980، ص. 185، مع تعليق القاضي الهادي مريبح.
[1469] تعقيبي مدني عدد 25999، في 19 ماي 2009، ن. ص. 195.

ويستحقه الورثة عن الوفاة، و يثبت لهم عن طريق الإرث و يوزع عليهم بحسب حصصهم في التركة.

ولذلك فإن بعض القوانين منعت الانتقال بمقتضى نص واضح قبل صدور حكم نهائي، كشأن القانون المدني العراقي[1470].

### 3 ـ الضرر الجمالي: Le dommage esthétique

**452.** ينتج عن ضرر تشوه الجسم، ويكون ظاهرا للعيان. وقد يؤدي إلى نوع من الحرج خاصّة إذا كان واضحا في الوجه أو في أجزاء أخرى. ويختلف وقعه بحسب السنّ، والجنس، والطموحات المهنية. ولكن تصنيفه كضرر مستقل بذاته، أو كرافد من روافد الضرر المعنوي، قسم القضاء إلى فسطاطين[1471]، يحقق أحدهما استقلال الضرر الجمالي عن نظيره الأدبي، بينما يرى فيه الثاني جزءا غير منقسم عنه. أما الأول، فيعرف الضرر الجمالي كضرر" يتعلق بالمظهر الخارجي للشخص وما يتسبب فيه الحادث له من

[1470] المادة 205 مدني الفقرة الثالثة: "ولا ينتقل التعويض عن الضرر الأدبي إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو حكم نهائي". ومعنى ذلك أن التعويض عن الضرر لا يصبح قيمة مالية تضاف إلى ذمة المتضرر إلا إذا اتفق عليه أو صدر فيه حكم نهائي. ويترتب على ذلك أنه إذا مات من له الحق في التعويض عن الضرر الأدبي قبل الاتفاق على مقدار التعويض أو صدور حكم فيه يحدد مقداره، فالحق في المطالبة لا ينتقل إلى ورثته، بعكس التعويض عن الضرر المادي الذي يمثل قيمة مالية تضاف إلى ذمة المتضرر قبل الحكم به أو الاتفاق على مقدار، فينتقل إلى الورثة. ذكر عبد المجيد الحكيم، ف. 872، ص. 532. وقد أخضعت محكة التمييز العراقية أحكام الانتقال إلى قواعد الميراث، في حكم لها صادر في 17 فيفري 68. فهي تقول في قرارها: ".. ان المطالبة بالتعويض حق شخصي لا يصح إنكاره. وإذ طال المصاب قبل وفاته بالتعويض وحكم له بذلك فان التعويض يعتبر تركة بعد الوفاة توزع على الورثة الشرعيين. واذا كان الضرر الذي أصاب المضرور هو الموت نتيجة للقتل او الجرح أي فعل ضار على ما جاء في المادة (203) من القانون المدني، فان التعويض يدفع إلى المعالين ان انفردوا، وفي حالة اجتماع المعالين والورثة الشرعيين فيدفع التعويض إلى المعالين على مقدار تنسبه المحكمة كما، ويدفع تعويض إلى الورثة وفقا للمادة (202) مدني يوزع طبقا لأحكام الميراث الشرعي". الحكم المذكور في مجلة القانون المقارن، العدد الثاني، السنة الثانية، ص. 299.

[1471] وهما فسطاطان باديان للعيان. فنشرية محكمة التعقيب لسنة 2009 تورد جنبا إلى جنب، (ص.187 و191) تعارض دوائر محكمة التعقيب حول وصف الضرر.



إصابات ظاهرة من شأنها النيل من التناسق الجمالي له، فيما يتعلق الضرر المعنوي بما يشعر به من آلام وأوجاع ومن لوعة نتيجة لما تعرض إليه من أضرار بدنية، وهو بالتالي يختلف عن الضرر الأول[1472]." ومن خلال هذه المقارنة المنهجية، أفلح هذا الاتجاه في بسط الفوارق بين الاثنين[1473]. أما الشق الثاني فيقر باندماج الضرر الجمالي في الضرر الأدبي اندماجا يفقده كل خصوصية، ليبقى شكلا من أشكاله وضربا من ضروبه[1474]. وإذا كان امتصاص الضرر الأدبي للجمالي قائما على حجة تشريعية وضعية، حسب نفاة استقلاليته، فانها قد ولت وانقضت بعد أن فصل المشرع الضرر الجمالي عن الأدبي[1475]، ورسم له حدودا آمنة خاصة به. ولا ينفي عدم تعرض المشرع لذكر نوع من الأضرار أنه يمنع التعويض عنه[1476]. فالضرر يرتبط بالنيل من مصلحة مشروعة. وينبئ القانون المقارن بتفريعات عديدة لها وبتشعب في أصناف الأضرار الأدبية، أنشأها القضاء بعد عزل عناصرها وبلورة ميزاتها

[1472] تعقيبي مدني عدد16699، في 20 أوت 2008، غير منشور.

[1473] في نفس الاتجاه، تعقيبي مدني عدد31162، في 16 أفريل 2009، ن. ص. 191. وفرقت فيه المحكمة بين الضررين من حيث آثارهما. تعقيبي مدني عدد 24543 مؤرخ في 29 نوفمبر 2008، ن.ج.2،ص.199. وقد فرق أيضا هذا القرار بين الضرر الجمالي والضرر البدني الذي "ينحصر في نسبة تقلص وظائف البدن"، والذي ينتج عنه ضرر معنوي مستقل.

[1474] تعقيبي مدني عدد 34734، في 6 ماي 2009، ن. ص. 187. .."الضرر المعنوي هو كل ما يتعلق بالاحساس النفسي بالحسرة و الأسى الذي لا يمكن تقديره... ولا يمكن والحالة ما ذكر أن يكون الضرر الجمالي مستقلا بذاته لعدم ورود هذا النوع من الضرر ضمن نصوص القانون المعرّفة للضرر الشخصي ويكون من المتجه إدراجه بصنف من الصنفين المذكورين أي حسيا او معنويا...(و) لا يمكن تقديره إلا بالنسبة لوقع آثاره السلبية على الحالة النفسية للمصاب به مما يجدر معه اعتباره ضمن الضرر المعنوي، وهو ما داب عليه فقه قضاء هذه المحكمة كما جاء بالقرار عدد 7821 الصادر في 19 جانفي 2005، والقرار عدد 10468 الصادر في 16 فيفري 2005، والقرار عدد 673 الصادر في 29 جوان 2005." كذلك، تعقيبي جزائي عدد 7823، في 7 فيفري 2005، ن.ج. ص.253.

[1475] تعقيبي مدني عدد 23021 مؤرخ في 7 أفريل 2008، ن.ج 2، ص.195. الذي اعتمد على الفصلين 126 و136 من مجلة التأمين وحلل صيغتهما اللغوية القائمة على تعداد أنواع مستقلة من الضرر.

[1476] يختلف القانون التونسي مع نظرائه المكسيكي والدنماركي والياباني من حيث أن القضاء فيها لا يفصل في التعويض بين الأضرار المادية والأدبية ويجمع بينها بدون جدار عازل. G. Viney, P. Jourdain , Les conditions, n° 263, p. 49s.

لتتكاثر أصنافها[1477]. ولا نحبذ هذه الطفرة النوعية، إلا أن تخصيص البعض منها بنظام مستقل خارج عن التقسيم الوجيز الذي يميز الضرر الأدبي والمادي، فيه تغليب لاحترام لذات البشر ولكرامته.

وكثيرا ما يؤدي هذا الضرر إلى ضرر آخر وهو ضرر التمتع بالحياة.

### 4 ــ ضرر التمتع بالحياة: Le préjudice d'agrément

**453.** هو ضرر يقوم على الحرمان من نكهة الحياة ويختلف من مجتمع إلى آخر ومن ثقافة إلى أخرى، ليقدر بنمط موضوعي[1478]. ويتأثر كذلك بمواهب كل شخص وبميولاته، ليضبط بمعيارذاتي مجسم[1479]. فإذا تعطلت أيدي إنسان بسبب حادث فإنّه يصبح مرتبطا في جميع وظائفه وحركاته بشخص آخر، ويكون فقدانه لهذه الاستقلالية ضررا يعكّر عليه صفوة الحياة. فإذا تعطلت يد فنان، فإن طعم حياته سيزداد تعكّرا لحرمانه من ممارسة هوايته الفنيّة. كما أن هذا الضرّر يرتبط كذلك بالوظائف الضرورية وبالحواس الأساسية مثل وظيفة الكلام، ووظيفة الإنجاب، أو حاسة البصر التي تجعل حياته نوعا من السّجن. ولا تفرق بعض قرارات محكمة التعقيب بين الضرر الجسدي والضرر الفيزيولوجي. بينما نجد هذه التفرقة في القضاء المقارن، فلابّد أن يكون التعويض مستقلا عن التعويض الجسدي والفيزيولوجي[1480]. ومن تجليات ما ينغص الحياة، اضطراب الحياة الجنسية واختلال مذاقها. وانتهى القضاء الفرنسي إلى إفراد الضرر الجنسي وإعلان استقلاله عن ضرر متعة

[1477] G. Viney, P. Jourdain , Les conditions, n°265, p.51.Ph. Brun,n°216, p.140s.

[1478] Le préjudice subjectif de caractère personnel résultant des troubles ressentis dans les conditions d'existence, A.P. 19 nov. 2003, D. 2004, J. 161, note Y. Lambert-Faivre ; RTDciv. 2004, 300, obs. Jourdain.

[1479] Civ. 2e, 28 mai 2009, D. 2010, 49, obs. O. Gout.

[1480] Civ 2ème 19 mai 1997, Dalloz 1998, p. 59.



الحياة[1481]. وبغض النظر عن الطبيعة الإنسانية التي تتقاسم هذه الحاجة، فإن الحضارة العربية الاسلامية جعلت من العلاقة الجنسية ضربا من العبادة القائمة على الإحصان والتشارك، ومارستها بشبقية وحياء[1482]. والرأي أن امتصاص الضرر المعنوي لكامل أشكال الأذى بما فيها الجنسي، يضعه في منطقة رمادية ، جدير به أن يغادرها ليترك ظل الضرر المعنوي وينعتق من أسره[1483].

**454.** وأدّى هذا الضرر إلى ظهور مشكلة عامة تقوم حول معرفة ما إن كانت الحياة المنغّصة أو المنقوصة بسبب تشويه خلقي أفضل من الموت أم لا؟ يطرح هذا السؤال خاصة بالنسبة للأطفال الذين يولدون بتشويه خلقي منذ الولادة، ويرافقهم ما بقوا بقيد الحياة. الملاحظة أنه كان بالإمكان توقي هذا التشويه بتوقي أسبابه أو بمعالجتها، وكذلك بالقيام بتحاليل أثناء مرحلة الحمل تمنع الجنين من التشويه أو تتفطن إلى خطر ذلك. فالتلقيح ضدّ بعض الأمراض تمنع هذه التشويهات، كما أن التلقيح في الطفولة يمنع الإعاقات وما ينتج عنها

[1481] Civ. 2e , 17 juin 2010, RTDciv. 2010, 562, obs. Jourdain ; D. 2011, p. 36, obs. Ph. Brun et O. Gout. «Le préjudice sexuel comprend tous les préjudices touchant à la sphère sexuelle à savoir: le préjudice morphologique lié à l'atteinte aux organes sexuels primaires et secondaires résultant du dommage subi, le préjudice lié à l'acte sexuel lui-même qui repose sur la perte du plaisir lié à l'accomplissement de l'acte sexuel, qu'il s'agisse de la perte de l'envie ou de la libido, de la perte de la capacité physique de réaliser l'acte, ou de la perte de la capacité à accèder au plaisir, le préjudice lié à une impossibilité ou à une difficulté à procréer ».

[1482] A. Bouhdhiba, La sexualité en Islam, PUF, Quadrije, 2004.

[1483] القضاء التونسي عرّف خصائص الحياة الجنسية ومعالمها لدى الزوجين بمناسبة تعرّضه للواجبات الزوجية ومدى ارتباطهما في كنف العلاقة الشرعية بالتوازن النفسي، محكمة الإستئناف بسوسة، قرار مدني عدد 2876 مؤرخ في 30 أفريل 1997، م.ق.ت. 1999 ، القسم العربي، ص. 167 ، تعليق الساسي بن حليمة. حول جوهرية الحياة الجنسية في الزواج، محمد المنصف بوقرة، وظيفة الزواج في العلاقات الجنسية، دكتورا دولة في القانون الخاص، جامعة تونس المنار، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 2010-2011.

من تعكير في نكهة الحياة. وقد وردت هذه الواجبات في مجلة حقوق الطفل التي ألزمت الوالدين بواجبات تحميه قبل الولادة وبعدها. القضاء الأمريكي يعرف دعاوى الحياة المعيبةwrongful life, wrongful birth بسبب الاضطرابات التي تنقل إلى الطفل، فيولد حاملا لعاهة خطيرة تمنعه من التلذذ عاديّا بالحياة. فقد يكون فقدان البصر أو الإصابة بالسكري عاهات حتمية بالنظر إلى علم الجينيات تجعل الحياة شبيهة بالكابوس. وهناك من يفضل عليها الموت. القضاء الأمريكي أكد أن هذه الإصابات تجعل الحياة على عسرها مخيّرة على الموت ومفضّلة على العدم. فنكهة الحياة وإن كانت منقوصة أفضل من فقدانها وانعدامها. وقد أثير هذا الإشكال في القضاء الفرنسي منذ سنة 1996. إمرأة حملت وأثناء حملها خضعت لتحليل الحميراء La rubéole. ونفى المخبر وجود إصابات بها. ولما أنجبت وضعت مخلوقا شبيها بوحش فاقد لجميع حواسه. وتولى الوالدان الحصول على تعويض أدبي وتعويض ماديّ. ولمّا تمت المطالبة بالتعويض له عن الأضرار التي لحقته اتجهت الدوائر المجتمعة إلى تمكينه من ذلك وتمكينه أيضا من تعويض عن فوات فرصة في إجهاضه قبل الولادة[1484]. هذا القرار فضل الموت على الحياة إذا كانت مريرة بسبب إعاقة عميقة. ولكن القانون الفرنسي المؤرخ في 4 مارس 2002 ألغى نتائج هذا القرارفي فصله الأول. وأعاد القضاء الإداري الفرنسي إثارة الجدال عندما أصرّ أطباء على إنعاش وليد، نزل من بطن أمّه وقد توقف قلبه عن النبض مدة عشرين دقيقة، فأفلحوا بعد خمس دقائق أخرى في إعادة الحياة إليه[1485]. ولكنه أصيب، كما كان متوقعا بسبب عدم ضخ الأكسيجين لأنسجة

[1484] A.P.17 nov. J.C.P 2000, n°10438(arrêt Perruche), objet de commentaires innombrables.

[1485] T. administratif de Nîmes, 2 juin 2009, D. 2010, p.419, note J. S. Borghetti.



المخ طوال تلك المدة، بإعاقات خطيرة. وقد لايمنع الفصل المذكور بصيغته من التعويض عن ضرر ناتج عن إنعاش طبي وولادة في حالة وفاة.

هل يمكن أن تثار هذه الدّعاوى في القانون التونسي؟ مبادئ المسؤولية المدنية في الفصلين 82 و83 م ا ع تجعل المسؤولية في جانب الوالدين، إذا ما تخلفا عن القيام بكل ما من شأنه أن يسبّب إعاقة للطفل، سواء من خلال الفحص والكشف والتلقيح... وقد تدقق هذا الواجب في مجلة حقوق الطفل التي ألزمت الوالدين برعايته منذ حمله، وبعد ولادته، بالقيام بكل التحاليل والتدابير الضرورية لضمان سلامته، وتجنيبه الإعاقة المستديمة. وقد يمنع النظام العام رفع هذه الدعوى.

### 5 ـ ضرر الإكتئاب[1486]

**456.** اعتبر القضاء الفرنسي وجود ضرر خاص عند وجود ضغط نفسي، ناجم عن توجس أعراض مرض وشيك مثل السيدا، بعد أن أصبح المتضرر حاملا لجرثومة فقدان المناعة، قبل ظهور العلامات المرضية. وقد تم الاقرار به، خاصة لمن أصيب بهذا الداء بسبب نقل دم ملوث أغفلت السلط الصّحية مراقبته. ونسج القضاء الفرنسي على هذا المنوال عند العدوى بفيروس التهاب الكبد، قبل تطوره، والالتزام في تلك الحقبة بمراقبة صحية صارمة[1487]، وما يصحبه من توتر نفسي ثقيل. كما أن إدراك مخاطر الحرير الصخري على الصحة مصدر كدر ذهني، ينشأ عنه قلق يقضّ الراحة، حتى عند فقدان أية

[1486] C. Bernard, « *Le préjudice d'angoisse, quel avenir ?* », Res. Civ. ass. 2010, Etude 4. M. Fabre-Magnan, Le dommage existentiel, D. 2010, 2376.

[1487] Ph. Brun, Obs. D. 2011, p. 37.

تداعيات حالية على عافية من تعرض إليه من عمال[1488]. وقد تبلور هذا الضرر الخاص وارتبط بالشعوربالإكتئاب.

### 6 – ضرر خدش العواطف والمعتقدات

**457.** هذا الضرر يقوم بسبب الاعتداء على العقيدة والتطاول عليها، وبسبب جرح الإنسان في كرامته بسبب الميز العنصري، وما ينجر عنه من تحقير لبعض الأجناس واستهجان لحضارات وأصول إنسانية. ويتأتى كذلك من استنكار بعض الأفكار والمرجعيات. وهي جرائم تؤدي إلى ظهور هذا الضرر عندما تقترف بواسطة الصّحافة المكتوبة أو المسموعة أو المرئية. وقد تعرّضت لها مجلة الصّحافة وربطتها بجرائم إبداء الرأي.

1488 Soc. 11 mai 2010, D. 2010, 2048, note C. Bernard. D. 2011, 37, obs. OG. Ph. Brun, Obs. D. 2011, p. 37.



## الباب الثالث

## [1489]Le Lien de causalité العلاقة السببية

**458.** هي الركن الأخير[1490] لقيام المسؤولية المدنية. فلا بد ان يرتبط الضرر والفعل الضار بعلاقة سببية. وهي من ثوابتها، حسب تعبيرالفقيه كربونياي[1491]، فإذا انتفت العلاقة السببية انتفت المسؤولية. والأمر منطقي[1492]. فعندما يلقي إنسان بنفسه تحت عجلات القطار فإن العلاقة السببية بين الضرر وفعل القطار مفقودة[1493]. وتقوم متى كانت نتيجة حتمية للضرر، حتى وإن كانت غير مباشرة[1494]، كأن تنهار أعصاب والدة بسبب حادث أضر بولدها، أو أن تجهض مرأة حامل جراء أذى شديد لحق زوجها[1495].

**459.** السببية تختلف عن الإسناد. وهو رباط نفسي بين الفعل والفاعل وقدرته النفسية في ارتكابه، في حين أن السببية وشيجة مادية بين الفعل والضرر. كما تختلف عن العزو أو نسبة الضرر،[1496] وهو الذي يضع على

1489 Ch. Quézel-Ambrunaz, Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile, th. Univ. La Savoie, Fac. Droit et économie 2008.

1490 في ترتيب العرض على الأقل، وعلى خلاف آراء أكدت أنه الركن الأول فيها.
G. Ripert, note sous Bordeaux, 23 avril 1907, Rev. Crit. 1909, p. 131 « C'est la première question que soulève le problème de la responsabilité civile, car avant de qualifier le fait dommageable, il est indispensable de rechercher s'il est uni au dommage par un lien de causalité suffisant ».

1491 Carbonnier J., Les obligations, PUF, 22e éd., 2000, § 205, p. 377: « constante » de la responsabilité.

1492 J. Carbonnier, PUF, Quadrige manuels, 1ère éd. n° 1129. Exigence de raison.

1493 الأمثلة العديدة المذكورة من خليل جريج، الجزء الأول، ص.178.

1494 De Page, traité, T II, n° 960, p. 967.

1495 J.L. Fagnart, « *Petite navigation dans les méandres de la causalité* », RGAR, 2006, 14080, n° 6.

1496 Imputation.

عاتق شخص ضررا يرتبط سببيا مع فعل ضار[1497]. فالعلاقة السبية مثلا تربط في المسؤولية الشيئية بين فعل الشيء والضرر. وهو يحمل على الحافظ ويعزى له، وفق المفهوم الشخصي لهذا المصطلح.

السببية مفهوم دقيق لا يتسم بالبساطة. ولذلك فإن دورها في المسؤولية مأخوذ بين من يراها من أسسها الجوهرية، ومن يراها وسيلة تعديل مرنة لأحكامها[1498]. وهي تتقلب بين مركز الشرط الأساسي، المنسجم مع المسؤولية، مسألة يحكمها الانطباع[1499] والمعرفة الحدسية، تتجاذبها رؤية نظرية و رؤية عملية[1500]، وتصور مادي[1501]، وآخر مجرد[1502].

---

1497 I. Amouri, th. préc. n°3, p. 16 s. ; J. Fischer, Causalité, imputation, imputabilité: les liens de la responsabilité civile, Mél. Ph. Letourneau, D. 2007, p. 386.

ولايرى فيها بعض الفقهاء أي فرق مع السببية.

F. Leduc,Causalité et imputation, in Les distorsions de la causalité, colloque précité, RLDC, n°8.

1498 Sur ce débat, Ch. Quézel-Ambrunaz, th. préc. &10, p.23 : la question est de savoir si la causalité est pour la responsabilité civile «un outil de modulation parmi d'autres »; H. Slim, « *Le lien de causalité : approche comparative* », in Les distorsions du lien de causalité en droit de la responsabilité civile, actes du Colloque des 15 et 16 décembre 2006, Faculté de droit et de science politique de Rennes, RLDC 2007/40, suppl. n° 2638, spéc. p. 65, ou s'il s'agit d'un point cardinal de la responsabilité civile; Selon J. Carbonnier, op.cit. n° 1121 ; Ph. Brun, Responsabilité civile extracontractuelle, Manuels, Litec, 2e éd. 2009, n° 173; Contra. A. Jault, La notion de peine privée, préface F. Chabas, LGDJ, Bibliothèque de droit privé t. 442, 2005, n° 138, «le préjudice apparaît comme la seule constante des applications de l'idée de réparation. Les deux autres conditions traditionnelles que sont-le lien de causalité et la faute tendent, en effet, à s'estomper ».

1499 Cette idée est chère à P. Esmein : «cette question [celle du lien de causalité] relève au fond du sentiment [...] En France, comme à l'étranger, c'est par sentiment, et non en application d'un critère précis, que les juges décident si la réalisation d'un dommage est trop imprévisible ou trop extraordinaire pour que l'on en soit responsable» écrit-il in M. Planiol, G. Ripert, Traité pratique de droit civil français, t.



**460**. ويردّ هذا إلى أن السببية مفهوم شائك، " تناثرت أحكامها" بين نصوص القواعد والأحكام، دون أن تعتصم بحبل يجمع شتات المفهوم. فهي ترد في صيغ الفصول 82 و83 و96 م ا ع ، وغيرها من النصوص الأخرى. ولم يتيسر للفقه أن يقدم نظرية متماسكة لها. ليست السببية معطى قانونيا، بل هي من المفاهيم القائمة على التفسير والإنشاء. ونلمس شكلا من أشكال "القطيعة الجدلية" بين الفقه وفقه القضاء. فلا نجد استلهاما متبادلا بين المصدرين، و لا نجد تأثيرا حصريا لمدرسة معينة على فقه القضاء، يتجسم فيها انتماؤه إلى تيار رسمي[1503].

**461**. ولا مفر إذن من الخوض في مصادر السببية، خاصة منها الفقهية. وقد يتبادر إلى الذهن الترصد للمصادر المادية في المجلة. ولكن تعرضها للسببية جاء لمما كعنصر مشروط في بعض الأحكام، كالفصول 82

---

VI, Obligations, 2ème Ed., 1952, n° 541; Adde. Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité, D. 1964, chr. p. 205.

1500 « La jurisprudence s'est semble-t-il résignée en la matière à l'empirisme», Ph. Brun, Responsabilité civile extracontractuelle, Manuels, Litec, 2ème éd. 2009, n° 228, p.149.

1501 C. Grare, Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle, L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation, op. cit. n°70: « l'appréciation du rapport causal relève du fait. C'est la recherche de la cause matérielle du dommage. C'est la recherche de la cause matérielle du dommage ». M.-N. Hosni, Le lien de causalité en droit pénal, th. Paris « le lien de causalité ne peut être qu'une relation matérielle et objective » pour les réalistes américains, « causation-in-fact is the only truly causal issue », selon R.W. Wright, Causation in tort law, California law review, 1985, p. 1738; 1952. Cf citées par Ch. Quézel-Ambrunaz, th. préc.

1502 « Le lien de causalité est une abstraction, et établir la réalité d'une abstraction paraît aussi chimérique que discuter du sexe des anges» . Y. Lambert-Faivre, De la poursuite à la contribution : quelques arcanes de la causalité, D. 1992, chr. p. 311.

1503 M. Fabre-Magnan, n° 46, p. 128.

و83 و96 من م ا ع وغيرها. ولا يغني الرجوع إلى القانون الفرنسي في هذه الناحية، لأن وضعه جنيس بوضع مجلة الالتزامات والعقود[1504]. وبفضل مصادرها المادية الغزيرة، تكون المجلة معنية بها. فمجمل هذه النظريات أشعت في الفقه الألماني قبل المجلة المدنية الألمانية، لتكون السببية منبرا عشقه الفقه الألماني خاصة[1505].

462. وكان للفقهاء المسلمين أيضا تنظير جمعه علم الأصول في القاعدة التي تقضي تقديم المباشر على المتسبب للثبوت القطعي لعلاقته مع الضرر[1506]. ويستعصي الشعور بأي طموح في تقديم شامل لأحكام السببية في الفقه الإسلامي، لضيق الاطلاع على مادة غزيرة ودسمة، لم تحظ حتى ممن كانت لهم قدم صدق بتأليف كامل[1507]. وقد خاض الفقهاء في الفوارق

1504 Ch. Quézel-Ambrunaz, th.préc.&13, n°20.

1505 G. Marty, « La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile », RTDCiv. 1939, p. 685, n° 5.

1506 أنوار البروق في أنواع الفروق - (ج. 4، ص. 236).
تقديمُ المُبَاشَرَةِ على التَّسَبُّبِ لِأَنَّ شَأْنَ الشَّرِيعَةِ تَقْدِيمُ الرَّاجِحِ عِنْدَ التَّعَارُضِ فَيُقَدَّمُ فِي المِثَالِ المَذْكُورِ المُلْقِي فَيَكُونُ الضَّمَانُ عَلَيْهِ دُونَ الحَافِرِ وَقَدْ لَا تُقَدَّمُ المُبَاشَرَةُ على التَّسَبُّبِ لِضَعْفِهَا عَنْهُ بَلْ إمَّا أَنْ يُجْعَلَ الضَّمَانُ على المُبَاشِرِ وَالمُتَسَبِّبِ مَعًا إذَا كَانَتْ المُبَاشَرَةُ مَغْمُورَةً كَقَتْلِ المُكْرَهِ فَإِنَّ القِصَاصَ يَجِبُ عَلَيْهَا وَلَا تُغَلَّبُ المُبَاشَرَةُ لِقُوَّةِ التَّسَبُّبِ، وَإِمَّا أَنْ يُجْعَلَ الضَّمَانُ على المُتَسَبِّبِ وَحْدَهُ إذَا وَقَعَتْ المُبَاشَرَةُ مِنْ نَفْسِ المَقْتُولِ جَهْلًا كَتَقْدِيمِ السُّمِّ لِإِنْسَانٍ فِي طَعَامِهِ فَيَأْكُلُهُ جَاهِلًا بِهِ فَإِنَّهُ مُبَاشِرٌ لِقَتْلِ نَفْسِهِ، وَوَاضِعُ السُّمِّ مُتَسَبِّبٌ فَالقِصَاصُ على المُتَسَبِّبِ وَحْدَهُ أَوْ وَقَعَتْ المُبَاشَرَةُ مِنْ الحُكَّامِ كَمَا إذَا شَهِدَ شُهُودُ الزُّورِ، أَوْ الجَهَلَةُ بِمَا يُوجِبُ ضَيَاعَ المَالِ على الإِنْسَانِ، ثُمَّ يَعْتَرِفُونَ بِالكَذِبِ، أَوْ الجَهَالَةِ فَإِنَّهُمْ يَضْمَنُونَ مَا أَتْلَفُوهُ بِشَهَادَتِهِمْ لِأَنَّهُمْ مُتَسَبِّبُونَ كَالمُكْرِهِ بِكَسْرِ الرَّاءِ بِجَامِعِ مُطْلَقِ التَّسَبُّبِ وَلَا يُنْقَضُ الحُكْمُ وَلَا يَضْمَنُ الحَاكِمُ شَيْئًا مَعَ أَنَّهُ المُبَاشِرُ، وَالشَّاهِدُ مُتَسَبِّبٌ لِأَنَّ المَصْلَحَةَ العَامَّةَ قَدْ اقْتَضَتْ عَدَمَ تَضْمِينِ الحُكَّامِ مَا أَخْطَئُوا فِيهِ لِأَنَّ الضَّمَانَ لَوْ تَطَرَّقَ إلَيْهِمْ مَعَ كَثْرَةِ الحُكُومَاتِ وَتَرَدُّدِ الخُصُومَاتِ لَزَهِدَ الأَخْيَارُ فِي الوِلَايَاتِ وَاشْتَدَّ امْتِنَاعُهُمْ فَيَفْسُدُ حَالُ النَّاسِ بِعَدَمِ الحُكَّامِ فَكَانَ الشَّاهِدُ بِالضَّمَانِ أَوْلَى لِأَنَّهُ مُتَسَبِّبٌ لِلْحَاكِمِ فِي الإِلْزَامِ وَالتَّنْفِيذِ وَكَمَا قِيلَ الحَاكِمُ أَسِيرُ الشَّاهِدِ وَيَقَعُ فِي هَذَا البَابِ مَسَائِلُ كَثِيرَةٌ مُخْتَلَفٌ فِيهَا، وَلَكِنَّ الأَصْلَ هُوَ مَا تَقَدَّمَ فِي أَسْبَابِ الضَّمَانِ وَعَدَمِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ .

1507 لم يخصص الفقيه السنهوري في مصادر الحق تحليلا خاصا ومستفيضا لمفهوم السببية في الفقه الاسلامي، واكتفى بمقاربة مع المواقف الغربية لذلك المفهوم.



الاصطلاحية التي تؤدي معنى السببية وتميزها عن المفاهيم الأخرى[1508]. وفي هذا الاتجاه توحي المواقف الفقهية بتقارب السبب والعلة[1509]. وتشي القراءة

1508 ومن شواهد التآليف الفقهية التي تبنت هذا المنهج، هذا النص المأخوذ عن انوار البروق في أنواع الفروق سابق الذكروالذي جاء فيه " إن العلة هي اسم لكل صفة توجب أمرا ما إيجابا ضروريا والعلة لا تفارق المعلول البتة ككون النار علة الإحراق والثلج علة التبريد الذي لا يوجد أحدهما دون الثاني أصلا وليس أحدهما قبل الثاني أصلا ولا بعده، وأما السبب فهو كل أمر فعل المختار فعلا من أجله لو شاء لم يفعله كغضب أدى إلى انتصار فالغضب سبب الانتصار ولو شاء المنتصر ألا ينتصر لم ينتصر وليس السبب موجبا للشيء المسبب منه ضرورة وهو قبل الفعل المتسبب منه ولا بد وأما الغرض فهو الأمر الذي يجري إليه مفاعل ويقصده ويفعله وهو بعد الفعل ضرورة فالغرض من الانتصار إطفاء الغضب وإزالته وإزالة الشيء هي شيء غير وجوده وإزالة الغضب غير الغضب والغضب هو السبب في الانتصار وإزالة الغضب هو الغرض في الانتصار فصح أن كل معنى مما ذكرنا غير المعنى الآخر فالانتصار بين الغضب وبين الإحكام لابن حزم - (ج. 8، ص. 564)، إزالته وهو مسبب للغضب وإذهاب الغضب هو الغرض منه وأما العلامة فهي صفة يتفق عليها الإنسانان فإذا رآها أحدهما علم الأمر الذي اتفقا عليه ومثل قول رسول الله صلى الله عليه و سلم لابن مسعود إذنك على أن يرفع الحجاب وأن تستمع سوادي حتى أنهاك فكان رفع الحجاب واستماع حركة النبي صلى الله عليه و سلم علامة الإذن لابن مسعود وكقوله صلى الله عليه و سلم إني لأعرف أصوات رفقة الأشعريين بالقرآن حين يدخلون بالليل وأعرف منازلهم من أصواتهم بالقرآن بالليل وإن كنت لم أر منازلهم حين نزلوا بالنهار فكانت أصوات الأشعريين بالقرآن علامة لموضع نزولهم ومن هذا أخذت الأعلام الموضوعة في الفلوات لهداية الطريق والأعلام في الجيوش لمعرفة موضع الرئيس وقال أبو محمد وهذا معنى رابع وقد سمي أيضا العلل معاني وهذا من عظيم شغبهم وفاسد متعلقهم وإنما المعنى تفسير اللفظ مثل أن يقول قائل معنى الحرام فنقول له هو كل ما لا يحل فعله أو يقول معنى الفرض فنقول هو كل ما لا يحل تركه أو يقول ما الميزان فنقول له آلة يعرف بها تباين مقادير الأجرام فهذا وما أشبه هو المعاني وهذا أيضا شيء خامس وكل هذا لا يثبت علة الشرائع ولا يوجب قياسا لأن العلامة إذا كانت موضوعة لأن يعرف بها شيء ما فلا سبيل إلى أن يعرف بها شيء آخر بوجه من الوجوه لأنه لو كان ذلك لما كانت علامة لما جعلت له علامة ولوقع الإشكال قال أبو محمد فلما كانت هذه المعاني المسماة الخمسة التي ذكرنا مختلفة متغايرة كل واحد منها غير الآخر وكانت كلها مختلفة الحدود والمراتب وجب أن يطلق على كل واحد منها اسم غير الاسم الذي لغيره منها ليقع الفهم واضحا ولئلا تختلط فيسمى بعضها باسم آخر منها فيوجب ذلك وضع معنى في غير موضعه فتبطل الحقائق والأصل في كل بلاء وزعماء تخليط وفساد اختلاط أسماء ووقوع اسم واحد على معاني كثيرة فيخبر المخبر بذلك الاسم وهو يريد أحد المعاني التي تحته فيحمله السامع على غير ذلك المعنى الذي أراد المخبر فيقع البلاء والإشكال وهذا في الشريعة أضر شيء وأشده هلاكا لمن اعتقد الباطل إلا من وفقه الله تعالى.

1509 التحبير شرح التحرير - (ج. 3، ص. 1063).
- وهو الدافع - مباشر، فأطلق الفقهاء السبب على ما يقابل المباشرة، فقالوا: إذا اجتمع المتسبب والمباشر، غلبت المباشرة ، ووجب الضمان على المباشر، وانقطع حكم التسبب . ومن أمثلته: لو ألقاه من شاهق، فتلقاه آخر بسيف فقده، فالضمان على المتلقي بالسيف ، ولو ألقاه في ماء مغرق، فتلقاه حوت فابتلعه ،فالضمان على الملقي، لعدم قبول الحوت الضمان، وكذا لو ألقاه في زبية أسد فقتله. قوله: {الثاني: علة العلة: كالرمي هو سبب القتل، وهو} - أعني: الرمي - {علة الإصابة، [ والإصابة ] علة [ لزهوق النفس ] } الذي هو القتل،

الأولى لتلك المطارحات الفقهية باتجاه نحو تمييز السببية القانونية عن السببية المادية، وباعتماد السببية الفعالة[1510]، المؤثرة في حدوث الضرر[1511]، كما يتجلى ذلك من شرح القاعدة، دون إقصاء لتعادل الأسباب[1512].

**463.** هناك اشكالان:الأول يقوم على ارتباط السببية بتعدد الأضرار. كأن يصاب انسان في حادث فيفقد عينه ليصبح أعور. ثم يفقد عينه الثانية ليصبح أعمى في حادث ثان. فهل إن فقد البصر يرتبط مع الحادث الثاني، أم هل إن وضعيته الاولى تساهم سببيا فيما لحق به من ضرر؟ شأنه شأن إنسان أصيب في كتفه، فلا يقوى على تحريكها بعد أن كانت قابلة لحركة محدودة بسبب حادث اول. والإشكال الثاني يتعلق بتعدد الأسباب. هذا متضرر تصطدمه سيارة. فحاول احد المارة ايقاف سيارة الأجرة لنقله للمستشفى وعلقت ثيابه بالسيارة[1513]. مع أي فعل يرتبط الضرر؟. ومن الأمثلة التصويرية مثل نار اشتعلت وأضرت ببقرة اكتوت بالنار وفرت البقرة ، فاندلعت النار في الضيعة

فالرمي هو علة علة القتل، وقد سموه سببا له. قوله: {الثالث: العلة بدون شرطها : كالنصاب بدون الحول}، اعني:الثالث من المعاني التي استعير لها لفظ السبب: العلة بدون شرطها: كالنصاب بدون حولان الحول، يسمى سببا لوجوب الزكاة كما تقدم في تسميته علة، فاستعيرت العلة وسميت سببا. قوله: {الرابع: العلة الشرعية كاملة}. وهي المجموع المركب من: مقتضى الحكم، وشرطه، وانتفاء المانع، ووجود الأهل والمحل . سمي سببا - أيضا - استعارة؛ لأنه لم يتخلف عنه في حال من الأحوال: كالكسر للانكسار. وسميت العلة الشرعية الكاملة سببا؛ لأن عليتها ليست لذاتها.

1510 مصطفى الزرقاء، شرح القواعد الفقهية: إذا اجتمع المباشر للفعل أي الفاعل له بالذات والمتسبب له أي المفضي والموصل إلى وقوعه يضاف الحكم إلى المباشر لما تقدم في المادة السابقة من ان الفاعل هو العلة المؤثرة والأصل في الأحكام أن تضاف إلى عللها المؤثرة لا إلى أسبابها الموصلة لأن تلك أقوى وأقرب إذ المتسبب هو الذي تخلل بين فعله والأثر المترتب عليه من تلف أو غيره فعل فاعل مختار. والمباشر هو الذي يحصل الأثر بفعله من غير أن يتخلل بينهما فعل فاعل مختار فكان أقرب لإضافة الحكم إليه من المتسبب قال الرملي في حاشيته على جامع الفصولين (في الفصل 33 صفحة 124) إذا اجتمع المباشر والمتسبب فالمباشر مقدم كالعلة وعلة العلة والحكم يضاف إلى العلة لا إلى علة العلة.

1511 المصدر السابق

1512 علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الحكام، تعريب المحامي فهمي الحسيني، المجلد الأول، دار الجيل، الطبعة الأولى 1991، ص. 93. المادة 92.

1513 مؤرخ في 6 جانفي 1996، ن. ج. II ، ص. 56.



المجاورة وفي ممتلكات مالكها الذي خرج لطلب النجدة، فصدمته سيارته واقترف الطبيب الجراح خطأ أدى إلى وفاته. مع أي فعل ترتبط وفاة الفلاح سببيا؟ هذه الأسئلة تفضي إلى ضبط العلاقة السببية **(القسم الاول)**،حتى تقوم المسؤولية. وهي تنتفي بانتفاء العلاقة السببية**(القسم الثاني)**.

## القسم الأول: قيام العلاقة السببية

**464.** تقدم السببية كتناظر بين السببية الفعالة و تكافؤ الأسباب، القطبين التقليدين في المسألة[1514]. ولكنها وإن علا كعبهما في هذا الموطن، فإنهما لا يحجبان نظريات أخرى، مثل السببية المباشرة الفاعلة efficiente[1515]، والسببية القريبة proxima. ولا يزيحان ميزة رافقت السببية، تقوم على طفرة نظرية أكسبها غموضا ونزاعات فقهية كثيرة[1516]، واستلهمت مادتها من نظريات علمية وفلسفية طبقت بعدها على القانون[1517] . ولكن هذا الإقتران

1514 يقدم الفقه تقسيمات نظرية أخرى، منها التفرقة بين نظرية تكافؤ الأسباب بوصفها تقبل بجميع الأحداث من جهة، وبين مجمل النظريات الأخرى، ذات الرؤية الانتقائية، بما أنها لا تضعها على قدم المساواة.

Viney, et Jourdain, Les conditions, n° 338.

1515 وهي لا ترتب المسؤولية إلا إذا كانت النتيجة متصلة اتصالا مباشرا بالفعل. "والسببية على هذا الوضع تتطلب نوعا من الاتصال المادي بين الفعل والنتيجة، لأنها لا تعترف إلا بالارتباط المباشر والمحقق بينهما...". د. رؤوف عبيد. السببية في القانون الجنائي. دراسة تحليلية ومقارنة. دار الفكر العربي.1974، ص.14.

1516 أدت إلى استعصائها على تبويب يجمع عليه الفقهاء، نفس المصدر السابق.

Ch. Quézel-Ambrunaz, profusion des théories, th. n° 14, p. 22; n° 15, p. 23.

1517 R.Guex : La relation de cause à effet dans les obligations extracontractuelles, Lausanne, 1904. Ch. Quézel-Ambrunaz, th.préc, n° 15, p. 23. Les juristes ayant proposé des théories causalistes n'avaient pas l'esprit vierge de tout présupposé. Des conceptions philosophiques ou scientifiques de la causalité les imprégnaient. Toutes les théories utilisées en responsabilité civile reposent sur des considérations extra-juridiques, adaptées ensuite aux problèmes du droit. Adde, les références nombreuses citées à la note 16.

أثار حفيظة رجال القانون[1518]، لأن فقه السببية العلمي ينمي المعارف الانسانية، أما البحث عن السببية في القانون، فالقصد منه ترتيب مسؤولية الأشخاص، أو ترتيب جزاء ضدهم[1519]. وينتج عن ذلك أن السببية العلمية تقوم على حياد مطلق نزعت عنه المشاعر والقيم، في حين أنّ السببية القانونية ترتبط بالقيم بوشائج عميقة[1520]. فالقاضي يقيّم الفعل الإنساني ولا يدرس السببية بمنظار فلسفي أو علمي[1521]. ولذا، كان الفصل بينهما معقولا وحتميا، لأن الأولى تهتم بتصور ينبثق عن المسؤولية المدنية، ويختمر بقوانينها، دون أن ينغمس في فكر سببي آلي منطقي. فالسببية القانونية ترتبط، تماما كما يدل عليه نعتها، بالفكر القانوني وتقتصر عليه، دون أن تنكمش على المنطق الصرف[1522]. فعندما تقدر العلاقة بين الفعل والضرر، ينبري الفكر القانوني نحو استقراء خاص ، قوامه نبذ السببية المادية، و التفرغ لعزل السلوك غير العادي أو غير المألوف، أو الخطإ، لتأثيرها على سير الأحداث وارتباطها قانونا بالضرر[1523]. ولذلك فإن قيادة العربة بدون رخصة لاترتبط سببيا

---

1518 V. Ph.Brun, Causalité juridique et causalité scientifique, in les distorsions de la causalité, actes du Colloque des 15 et 16 décembre 2006, Faculté de droit et de science politique de Rennes, RLDC 2007/40, p. suppl. n° 2630, n° 22.

1519 وللتبسيط تقوم السببية القانونية على الوقوف على العلاقة بين الفعل والضرر، في حين أن السببية العلمية تهتم بمصدر الفعل الضار.

1520 P. Faueonnet, La responsabilité, étude de sociologie, th. Paris, Ed. Travaux de l'année sociologique, 1920, p. 277

1521 Ph. Conte, P. Maistre Du Chambon, La responsabilité civile délictuelle, Le droit en plus, PUG, 3ème Ed. 2000, n° 149 : «la causalité du juriste ne peut être celle du physicien ou du philosophe ». G. Ripert, note sous Cass. civ. 27 déc. 1944, Dall. 1945, J. p. 237.

1522 Ph.Brun, art. préc.n° 23, 31..."il n'est pas interdit de rêver d'une causalité plus soucieuse de logique juridique que de logique tout court".

1523 السنهوري، الوسيط، مصادر الالتزام، دار النهضة 1981، ص. 1027،" فإذا قيل إن كلا من السبب المنتج والسبب العارض كان له دخل ولولاه لما وقع الضرر، فإن السببية بهذا المعنى هي السببية الطبيعية، ونحن إنما نريد السبية القانونية". ويستمد من ضرورة التمييزبين السبب الفاعل والسبب العارض لدى الفقيه السنهوري الارتقاء بالسببية نحو منهج قانوني صرف.



مع حادث، صورته سقوط ثمل ترنح من فرط سكره، واصطدم بها وهي في حالة توقف. كما أن انتداب عامل لا يرخص له قانونا في الشغل، لايرتبط سببيا بفاجعة شغل، لورودها بغض النظر عن الوضع القانوني للعامل.

**465.** وتبرز الفائدة من عرض السببية في القانون التونسي بتحول الأسس فيها، وانبثاق نظام موضوعي واضح، بلورته أحكام المسؤولية الشيئية، لينافس الأساس الذاتي، الذي حجب هذه الأهمية. فكلما رجحت الكفة لصالح المسؤولية الموضوعية، إلا مع الضرورة التقليدية في ارتباط الضرر والفعل الضار. وازدادت السببية شأنا، فتحدثت ألسنة الفقهاء عن المسؤولية السببية[1524]، وفرض مبدأ التناسق الخوض فيها بإمعان[1525].

وتبقى نظرية تعدد الاسباب **(الفقرة الأولى)**، ونظرية السبب المنتج **(الفقرة الثانية)**، موضع الدرس. وتنافسهما فكرة السببية الخطية**( الفقرة الثالثة)**. ولابد من معرفة حظوتها في التطبيق القضائي **(الفقرة الرابعة)**.

## الفقرة الأولى: نظرية تعدد الاسباب

### أ ــ مفهومها

**467.** تاريخ تكافؤ الأسباب ــ أو تعادلها أو تساويها ــ يبيّن أن منطلق النظرية فلسفي، يعود إلى فكر J.S.Mill الذي يرى أن السبب لا يتأسس كاملا

---

1524 في قراءة استقرائية للتطور الوظيفي للمسؤولية، لوحظ أن غايتها قامت على ترتيب التوازن المنفرط بشكل غير مشروع. ولم يكن شجب السلوك بمنظار أخلاقي سوى مرحلة عابرة لم تعمر طويلا في تاريخ المسؤولية. وبمعنى آخر، فإن الشرط الجوهري في المسؤولية على ضوء تلك المعاينة هو شرط السببية، وليس الخطأ.
Ch. Quézel-Ambrunaz, th. préc.n° 507, p. 498.

1525 C. Grare, Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondemnts de la responsabilité sur la réparation, Préface Y. Lequette, th. Dalloz, 2005, n° 68.

إلا إذا اشتمل على كل الشروط السابقة لأثره والتي تكاتفت لإحداثه. وهي منجهية منطقية تتوخى الصرامة الفلسفية ، وتنتهي إلى وضع الشروط الكاملة لظاهرة معنية على قدم المساواة. وقد أخذ بمنجهيتها كاملة Von Buri فقيه القانون الجزائي[1526]، ليوازي بين المنهجية الفلسفية والمنهجية القانونية في تصور الأسباب، ويحقق في نهاية المطاف أن مجموعة الأسباب المولودة لأية ظاهرة هي التي تعد برمتها سببا له[1527].

468. أما في تعريفها الحالي، فهي تعتمد على كل ما كان ضروريا للضرر، وبدونه ما كان له أن يحصل. وهي تعتمد على معيار الضرورة، وتقدره تقديرا مجسما، كأن يعجل إنسان بفعله أو بعمله وفاة محتضر، فهو يعد متسببا في وفاته[1528]. وتنتهج كغيرها من نظريات السببية، الاستدلال العكسي للوقائع[1529]، ذا الأصل الفلسفي[1530]. ويفيد إعادة شريط الأحداث للوقوف على

[1526] Cf. A. Pirovano, Faute civile et faute pénale, LGDJ, Bibliothèque de droit privé t. 70, 1966, n° 286. Ainsi, selon M. von Buri, Uber Kausalit.t und deren Verantwortung, p. 1, traduit et cité par R. Guex, op. cit p. 104. « c'est chaque condition qui communique la vie à la masse sans elle inerte de toutes les autres conditions ; chaque condition rend toutes les autres causales ».

[1527] ووفق الفقيه Von Liszt تعود الأصول التاريخية إلى الفقهاء النمساويين Von Glaser,Stubel,Morse.

[1528] وتذكر بمنهج القانون الأنجليزي في السببية القائم على اختبار But-for test, ou But-for cause, ويعني اختبار الوقائع لمعرفة ما إن كان الضرر سيحصل لولا توفرذلك السبب.
S. Banakas, « Réflexions sur quelques développements récents en droit anglais », in Les distorsions du lien de causalité en droit de la responsabilité civile, actes du Colloque des 15 et 16 décembre 2006, Faculté de droit et de science politique de Rennes, RLDC 2007/40, suppl. n°2638.

[1529] Le raisonnement contrefactuel, si tel événement n'avait pas eu lieu, le dommage serait-il survenu ? Pour que le rapport de causalité soit admis, il suffit de pouvoir répondre par la négative à cette question.

[1530] Ch. Quézel-Ambrunaz, th. préc.n°29, note 45: La théorie contrefactuelle est une théorie philosophique autonome de la causalité, attribuée à D. Lewis ; cf. notamment G. Keil, « La cause d'un événement, éléments d'une



أثرها السببي، بافتراض وقوع الحدث أوعدم ذلك، وفحص دوره في تحقق الضرر. وهو منهج انتقائي وإقصائي في نفس الوقت.

وهي تقبل بسببية مادية، شأنها كشأن النظريات التي تتولى إحصاء كل عنصر ساهم في الضرر، ثمّ تتولى في مرحلة ذهنية ثانية ضبط السببية القانونية[1531].

470. هذه النظرية مصدرها ألماني، وتقوم على اعتبار كل حادث أدّى الضرر مرتبطا سببيا مع الفعل ولولاه لما حدث الضرر. وهي لا تنتقي بين الأسباب وتأخذ بها كلها، وتعطيها نفس القيمة السببية حتى وإن تعددت. فيرى انصارها أنها تتوارد في تحقيق الضرر. ففي مثال وفاة الفلاح تعتبر هذه النظرية أن إضرام النار وفعل البقرة وفعل الفلاح وفعل السائق والطبيب تظافرت كلها في حدوث الوفاة، وأدّت جميعها الى ذلك. الأسباب تتعادل كلها وتتكافأ في إحداث الضرر، إلى درجة أن إهمال إحداها من العلاقة السببية يؤدي إلى انتفائها كلها.

### ب ــ انتقاد النظرية

471. كان لهذه النظرية صدى إيجابي في المبادئ الموحدة لقانون المسؤولية الأوروبي[1532]، وكذلك في القانون البلجيكي[1533]، ولدى بعض الفقهاء

métaphysique descriptive de la causalité entre événements », trad. M. Kistler, Revue Philosophie, n° 89, mai 2006, p. 33.

[1531] J.S.Borghetti, La responsabilité du fait des produits, étude de droit comparé, Préf. G. Viney, LGDJ, T. 428, 2004, n° 269. Si toutes les causes matérielles ne constituent pas nécessairement des causes juridiques, en revanche, toute cause juridique constitue d'abord en principe une cause matérielle.

[1532] L'article 3:101 des Principes de droit européen de la responsabilité civile: «Est considérée comme cause du dommage subi par la victime toute activité ou conduite (ci-après "activité") en l'absence de laquelle le dommage ne serait pas survenu ».

[1533] B. Dubuisson, I. Durant, « Quelques traits saillants de la causalité dans le

الفرنسيين[1534]، ليتبعها بوضوح تيار قضائي فرنسي[1535]. ومن مناقبها أنها مع بساطتها، تخدم بمسلماتها مصلحة المتضرربفضل اتساع قائمة المرتبطين سببيا بالضرر. ولكنها ذات هنات نظرية وتطبيقية. فمن الجانب الأول، بدت للفقه قاصرة عن التمييز بين السببية المادية والسببية القانونية، وعن النهوض بخصائصها[1536].

**472.** انتقدت هذه النظرية لأنها بالغت في المساواة بين الأحداث لتعتبرها مجتمعة ذات دور متكافئ في الحادث، في حين أن المنطق يقتضي أن تنتقي منها ما كان ذا بعد سببي حقيقي، وأن يتمّ إقصاء كل فعل فقد هذه الميزة. ففي المثال الذي توفي فيه الفلاح يمكن منطقيا أن تستبعد استعمال النار وفرار البقرة كعناصر سببية، وكذلك قطع الفلاح الطريق لعدم وجود علاقة بين ذلك والوفاة. فالمعقول يقتضي اعتبار فعل السائق والطبيب سببين تظافرا في الوفاة. فلا وجاهة في ضبط تسلسل آلي للأحداث والأسباب، بل إن الوجاهة

---

droit belge de la responsabilité civile », in Les distorsions du lien de causalité, préc. n°4; Dalcq R.-O, RGAR.1959, n° 6336 ; La responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle, Examen de jurisprudence (1980-1986), RCJB1989, p. 391 ets. spéc. p. 415 ; Cass.(2e ch.), 4 déc.1950, Pas., 1951, I, p. 201:« Le juge du fond peut considérer comme cause chaque circonstance sans laquelle le fait ne se serait pas produit tel qu'il a eu lieu » .

1534 P. Marteau , La notion de causalité dans la responsabilité civile, thèse Aix, 1913, Barlatier, 1914.

1535 Cass. 2e civ. 27 mars 2003, no 01-00.850, Bull. civ. II, no 76. ; Le lien de causalité était, « direct et certain puisqu'en l'absence de survenance de l'accident, le dommage ne se serait pas produit, alors que si des fautes successives imputables à des auteurs différents ont pu jouer un rôle causal sur ce poste de préjudice (...) cette pluralité de causes (...) n'est pas de nature à faire obstacle à l'indemnisation de l'entier dommage par l'auteur initial, par application du principe de l'équivalence des causes dans la production du même dommage en matière de responsabilité délictuelle».

1536 Ph. Brun, Responsabilité civile extracontractuelle, Manuels, Litec, 2ème éd. 2009, n°233, p.151.



تقتضي ألا تنسب للشخص نتائج متلاحقة لفعل معين، وألا تنسب لمجموعة من الأشخاص نتائج لا تنتهي ترتبط بتدخلهم[1537]، وإلا فإن المظاهرالكونية برمتها تصبح معنية بالسببية.

**473.** وقد تولى بعض الفقهاء اعتبار الخطإ دون غيره ذا قيمة سببية[1538]. فلم تبطئ الأقلام لتنتقد الخلط الواقع بين مفهومي السببية والإسناد[1539]. وهي محاولة أدركت أن العيب الظاهر في هذه النظرية يكمن في حشرها لكم هائل من الأسباب. وقد تولت كغيرها تشذيب الأغصان الوارفة لهذه النظرية ولمّ ما ترامى من أطرافها. ومنها ما قدمه الفقه الأنجلوسكسوني[1540] من خلال المجمع السببي[1541]. وتفيد أن حدثا ما قد يكون بذاته غير ذي فعل سببي مستقر، ولكنه بانضوائه في تركيبة سببية يصبح كافيا مع اقتران العناصر السببية الأخرى لإحداث ضرر معين. فمثلا لا يؤدي إشعال عود ثقاب إلى إضرام النار حتما. أما إذا تم الأمر في غرفة مغلقة تسرب إليها الغاز أو الأكسجين فإنه يسبب في تلك الظروف مجتمعة الانفجار.

---

1537 Ch. Quézel-Ambrunaz, th. préc.n°31, p. 36.

1538 Flour, Aubert, et Savaux, Le fait juridique, Sirey Université, 13ème éd., 2009, n° 160, p. 183.

1539 J. Boré, « L'indemnisation des chances perdues : une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable », JCP 1974, I, n° 2620. «Ce système sommaire exclut arbitrairement du processus causal les faits humains non fautifs, ce qui est confondre causalité et imputabilité ».

1540 R.W. Wright, Causation in tort law, California law review, 1985, p. 1788, cité par Ch. Quézel-Ambrunaz, th. préc.n°42, note 94. V. pour des références différentes, F. G'sell-Macrez, Recherches sur la notion de causalité, th. Paris I, 2005, n° 171.

1541 NESS: Necessary element of a sufficient set condition. Elle « se définit comme la condition nécessaire appartenant à un ensemble causal donné suffisant pour entraîner l'effet». F. G'sell-Macrez, op. cit. n° 177.

474. وأخذت عن نظرية التوازن Binding[1542]، التي ترى أن التوازن بين القوى المعادية والمتناقضة يبقى إلى أن تتدخل قوة تجعل الكفة تميل إلى إحدى الطائفتين. ووصف "التوازن بالوضع الذي لاتحدث فيه النتيجة"[1543]. ومن مسلماتها "أن العالم في توازنه لا يسبب ضررا إلا إذا انخرم هذا التوازن جراء سبب ما[1544]، دون أن تحدد نظرية التوازن كيفية تطويقه. وينتج عن ذلك أن جميع الظواهر ذات دورسببي. فجاء أوذعان ليجعل الاقتراب الزمني معيارا لتحديد السبب القريب، وانطلق من نظرية التوازن إلى نظرية السببية القريبة، causa proxima[1545]، فهي آخر سبب زمني أطاح بالتوازن بين الأسباب، على عكس السبب البعيد causa remota الذي يأخذ بالمصدر الأول للضرر. وانتهى إلى استبعاد الافعال التي لا تقوم على الخطأ. وانتقدت هذه النظرية لأنها تتقاسم الأخذ بالمعيار الزمني مع نظرية السببية البعيدة. ولكنها ذات فوائد تجسمت في الأخذ بالنتائج المباشرة للخطإ.

ومن هذه المجادلة، جاءت نظرية السبب المنتج لتطرح رأيا جديدا ينأى عن تلك الانتقادات.

---

[1542] حول عرض النظرية،محمد نجيب حسني علاقة السببية في قانون العقوبات، دار النهضة العربية 1983، ص.79.

[1543] المصدر السابق، ص.81.

[1544] ولذلك عرفت السبب "بالعامل الذي يتدخل في وقت كان التوازن فيه متحققا بين العوامل التي من شأنها إحداث النتيجة والعوامل التي من شأنها الحيلولة دون حدوثها، فأخل بهذا التوازن لمصلحة النوع الأول من العوامل، فحدثت بذلك النتيجة". المصدر السابق، ص.80.

[1545] Dans le droit anglo-américain, c'est la « Last clear chance », ou « Last opportunity rule ».

حول انتقاد الربط بين نظرية التوازن والسببية القريبة في الفقه الفرنسي،

Ch. Quézel-Ambrunaz, th. préc.n°57, p. 60.



## الفقرة الثانية: نظرية السبب المنتج أو الفعال

### أ– مفهومها

475. لا تفترق السببية الفعالة عن تعادل الأسباب أو تكافؤها من حيث أنها تعرف السبب كشرط موضوعي يلحق ضررا معينا. وقد فرقت بين السببية القانونية والسببية المادية أو العلمية.

أرسى Von Kries أسس السببية الفعالة في منهجها الذاتي، بما أنها تعدّ سببا في المسؤولية كلما كان يبدو بمنظار المسؤول جديرا بتحقيق الضرر، ومتوقع الحدوث. وأدت من هذه الزاوية ما سماه الفقه سببية نفسية[1546]. ويتجانس التوقع مع مفهوم التوقع المرتقب أو المعقول عند الفكر الانجلوسكسوني. وهو ما أثار اعتراض الفقهاء الذين رأوا في الأمر خلطا بين السببية والخطإ. فجرّ صاحب النظرية إلى تدقيق يقوم على اعتبار السبب مولدا للأضرار التي كان عليه أن يتوقعها. واستبدل معيار التوقع بمعيار الاحتمالProbabilité، ليكسر نسبيا حدة الميزة الذاتية. فإذا غير سائق مسار عربة مجرورة بسبب إغفائه، فأصيب الراكب في الطريق الجديدة بصعقة برق، لم يعدّ انحرافه سببا في الضرر، لأن إمكانية حدوثه لا ترتبط موضوعيا بتغيير الطريق.

476. ولإدراك القدرة على توقع النتيجة، انكب Von Kries على تحليل الحقل المعرفي للمسؤول وفرق بين المعرفة بقوانين الوجود[1547]، والمعرفة الأنطولوجية أو الوجودية[1548]. الأولى تنصب على إدراك القوانين

---

[1546] « Causalité psychologique », P. Esmein, « Trois problèmes de responsabilité civile », RTDciv. 1934, p. 316.

[1547] Savoir nomologique.

[1548] Savoir ontologique.

العلمية المجردة، كانفجار الغاز عند استعمال النار، وتقوم على فقه الظواهر الطبيعية، أما الثانية فهي إدارك للظروف الخاصة الحافة بالفعل الضار. فالمعرفة بقوانين الطبيعة تقتضي أن يتفطن الفاعل إلى إمكانية انفجار الغاز، وهي معرفة تقدر موضوعيا، أمّا الثانية فتقدر وفق معيار شخصي ينظر إلى الظروف المحيطة بالفاعل، وتفيد أنه يعلم أنه قريب من مستودع الغاز. وينتقى السبب المنتج من بين أسباب أخرى يتم الاستغناء عنها، لأنها ظروف غير عادية أو خارقة لإحداث الضرر، فهو سبب يؤثر وفق السير العادي للأشياء[1549] في حصول النتيجة[1550].

**477.** السبب المنتج، هو سبب مؤثر حسب السير العادي للأشياء والتجارب العادية، ويعزز حصول النتيجة [1551]. ويعد السير العادي للأحداث معيار ضبط السبب المنتج، ويستخلص أثره من النتائج التي انتظم حدوثها وفق قوانين الطبيعة، ليترادف مع معيار الاحتمال. فانغمست النظرية في خضم موضوعي قاطع. وتستند في ضبط السبب إلى عملية تكهن وحساب احتمالي يرجعان للماضي[1552].

قامت هذه النظرية لتنتقد الأولى. ومن مسلماتها أنها لا تضع الحوادث كلها على قدم المساواة من حيث مساهمتها السببية. وهي تأخذ بالفعل المنتج او

[1549] Cours normal des choses.
[1550] G. Marty et P. Raynaud, Les Obligations, t. 1, Les sources, Sirey, 2ème éd. 1988, n° 549.
[1551] D. Gauthey Ladner, Solidarité et consorité en matière délictuelle en droit suisse et américain, en particulier New-Yorkais, th. Lausanne, ed. Schulthess, 2002, p. 12. « Par cause adéquate, on entend traditionnellement toute cause qui, dans le cours ordinaire des choses et selon l'expérience de la vie, est de nature à produire l'effet qui s'est réalisé, de sorte que la survenance de ce résultat paraît de façon générale favorisée par cette cause ».
[1552] Un calcul rétrospectif de probabilité, ou un pronostic objectif rétrospectif, J. Favier, op. cit. n° 123.



الفعال ذلك الذي يربط الفعل بالضرر. أمّا بقية الأحداث الأخرى فلا ترى فيها إلا ظروفا حفت بالمسؤولية. ولا يمكن أن ترتقي كلها لتكون أسبابا بالمعنى القانوني للكلمة. ففي مثال الفلاح تكتفي هذه النظرية بسبب واحد وتعتبره قد ربط بين الفعل والضرر. ولكنها لم تنج أيضا من النقد.

### ب ـ انتقاد النظرية

**478.** تعد النظرية ذات رواج قاطع في عديد الأنظمة القانونية[1553]، مؤثرة في الفقه والقضاء الفرنسي والنمساوي والهولاندي والسكندينافي والبولوني والسويسري والياباني، وذات أنصار في الفقه البرتغالي والمصري، ومدونة في المجلة الأرجنتينية[1554]. وكانت ذات حظوة في القانون المقارن، وتم تخييرها عن نظرية تكافؤ الأسباب في القانون الإداري الفرنسي[1555].

[1553] G. Viney et P. Jourdain, op. cit., n° 340-1.
[1554] A. M. Honore, International Encyclopedia of comparative law, vol. XI, Torts, chap 7, Causation and remoteness of Damage, n°58.
[1555] R. Chapus, Droit administratif général, t. II, Montchrestien, Domat droit public, 15ème Ed., 2001, n° 1413 .« plus raffinée »124 , même si son application est un « exercice difficile et nécessairement subjectif »125 . «D'une manière générale, la jurisprudence écarte la théorie dite de l'équivalence des conditions" pour rechercher parmi les faits précédant le dommage celui qui paraît devoir être retenu comme sa cause» Y. Galmot, conclusions sur CE, 14 octobre 1966, Marais, Dall. 1966, jp. p. 636: «cette conception simpliste est en fait inutilisable par le juge, dans la mesure où l'enchaînement des événements qui précèdent la réalisation d'un dommage est, bien souvent, trop complexe pour qu'il soit possible de retenir comme causes de ce dommage l'ensemble des fautes qui ont concouru à sa réalisation. [...] Son application aurait pour effet de diluer la responsabilité entre tous les coauteurs du dommage, aussi lointains soient-ils, et de compliquer à l'extrême les procédures d'indemnisation. [...] Il faut ne retenir comme cause d'un dommage que l'événement qui, au moment où il s'est produit, portait normalement en lui ce dommage ».

ولكن منهجيتها التي تبدو متماسكة كانت جذابة إلى حين. وذلك لأن الفقه سلط النقد على عدم دقتها الاصطلاحية، وفقدان دقتها الوظيفية. فمن الناحية النظرية عيب عليها إغراقها في التجريد، وافتقادها للفوارق القاطعة والتعريف الصارم للتوقع والإمكانية وحتى للسير العادي للأشياء[1556]، كمعيار لتقييم توقع ضرر أو احتماله . كما أن التكهن الرجعي يقوم على هنة منهجية، إذ يحمل بذورا متناقضة. فالتكهن طريقة استقرائية للمستقبل سابقة لحصول النتيجة. أما التكهن الرجعي ففيه قلب واضح للترتيب والأولويات.

**479.** ومن الناحية الوظيفية، تراوحت هذه النظرية بين التبعة والخطأ[1557]. ولكن كل الأخطاء لا تفرض حتما وجود ضرر متوقع، مثل الإخلال بأحكام التهيئة والتعمير، كما أن الأضرار المتوقعة لا ترتبط حتما بالأخطاء[1558].

والواقع أن الرؤية الشخصية في النظرية هي التي مزجت في تاريخ النظرية بين السببية الفعالة والخطأ. وبما أن المواقف الذاتية تراجعت في الحقبة العصرية للسببية الفعالة، فإن انتقاد النظرية بحجة الخلط بها بين الخطأ والسبب غير ذات جدوى. وتتمازج هذه النظرية مع نظرية التبعة، لأنهما تقومان على

---

1556 J. Favier, op. cit., n° 128, hiérarchise ces notions selon le degré de connaissance de l'avenir qu'elles contiennent. La possibilité serait le degré moindre de la connaissance de l'avenir: « Dire d'un fait qu'il est possible, c'est affirmer que rien ne s'oppose théoriquement à sa réalisation, sans indiquer s'il a ou non des chances de se produire par la suite ». La prévisibilité serait le degré supérieur de la connaissance : « elle indique une certitude absolue de la réalisation d'un événement ». La probabilité serait un degré intermédiaire.

1557 Viney, et Jourdain, les conditions, n°344: L'analyse de la causalité en fonction de la prévisibilité est nécessairement tendancieuse dans la manière où elle ramène indirectement la causalité à la faute.

1558 G. Marty et P. Raynaud, Les Obligations, t. 1, Les sources, Sirey, 2ème éd. 1988 n° 549 : «La faute ne résulte pas de la seule possibilité du dommage ».



احتمال الضرر، وهو ما يفسر أن الفقهاء كانوا أكثر ميولا لها، وذلك لأنهم يعتمدون على التبعية كأساس للمسؤولية. ولكن هذا التمازج غير سليم، لأن المسؤولية الموضوعية القائمة على التبعة، تأخذ بالاعتبار الأضرار الاستثنائية وغير المتوقعة، وفي النهاية، فإن نظرية التبعة لا تترك مجالا لفكرة السببية، ولا ترتبط بها بشكل وثيق[1559].

**480.** ثم أن خبرة الحقل المعرفي للمسؤول في بعدها الانطولوجي وبعدها الفيزيائي المتعلق بالقوانين الطبيعية يحتمان عند تحديد الأمر من زاوية المسؤول، قيام المسؤولية على الخطأ القصدي، وهو ما يقلص حظوظ المتضرر. أما إذا كان الأمر يسير على ما هو عليه في النظام الألماني مثلا ، باعتماد معيار رجل "عليم" له سمعة وإحاطة معرفية مثالية، تجعلانه على اطلاع بالمعطيات الحديثة، فإن كل الظروف والسوابق تحشر برمتها في زمرة السبب الفعال.

**481.** كما أن الاحتمال والتوقع عرضتان إلى التغيير والاضطراب. ومن أمثلة ذلك أنه إذا شرب طفل قارورة مواد سمية فنقل إثرها إلى المستشفى، ثم اندلع حريق به، وهلك الطفل في ذلك الحريق، فالسؤال يحوم حول معرفة احتمال الهلاك الناجم عن الإهمال في وضع القارورة؟ والنتيجة هي الموت طبعا، ولكن ليست الموت بسبب الحرق. ومن ثم فإن تقييم السببية يرتبط بالنتيجة والبحث عن نوعية المسؤولية. وهي هنات لا تضع النظرية في مصاف المرجع الاساسي في ضبط العلاقة السببية.

---

1559 Ph. Brun, n° 169: proprement inconciliable, la théorie du risque et le droit de la responsabilité.

**482.** انتقدت هذه النظرية لأنها أقصت حوادث لها قيمة سببية. وانتقدت أيضا لأنها لم تضبط معيارا دقيقا يعرف السبب المنتج والسبب الفعال، مما يجعلها غامضة ومشكوكا في دقتها العلمية. وقد دأبت على اعتبار كل خطأ سببا منتجا وفعالا. وهو ما جعلها ترادف بين الخطأ والسبب فتكون صعبة التطبيق. ففي وفاة الفلاح يصعب أن نعتبر فعل الطبيب منتجا للوفاة وحده دون اعتبار فعل السائق. أما ان نكتفي بفعل الطبيب أو فعل السائق فذلك فيه قصور. وإذا تصادمت سيارتان كانتا تسيران في اتجاه معاكس بسرعة واستعملت احداهما اضواء مبهرة، فمن العسير أن يقبل المنطق اعتبار السرعة الفائقة سببا منتجا دون أن نأخذ سبب الإبهار. ولذلك فمن المعقول أن نأخذ بالفعلين معا كسببين.

ومن المآخذ التي وجهت لها، وإلى نظيرتها تكافؤ الأسباب، أنهما موغلتان نسبيا في الاقتباس من المبادئ الفلسفية، دون تغليب لمبادئ أحكام المسؤولية. وحاول أنصار السببية المتواصلة تفادي هذه التحفظات.

## الفقرة الثالثة: السببية الخطية أو البصمة المتواصلة للفعل[1560]

### أ ـ عرض النظرية

**483.** ترمي هذه النظرية ذات المسمى الرومنطقي والمنسوبة إلى الفقيه الفرنسي دوجان دولابتي[1561] إلى تمحيص الطريق السببية التي وصلت بين

[1560] Causalité linéaire ou l'empreinte continue du mal.

[1561] «ce que l'on recherche, en la matière, c'est le cheminement du mal qui a atteint la victime. [...] Ce qui compte [...], c'est qu'il soit continu, c'est-à-dire constitué par un enchaînement de défectuosités qui s'engendrent l'une



الفعل والمتضرر، وتقوم على تسلل متصل بالاخلالات والأفعال غير المشروعة دون حاجز أو مانع قطع تلك العلاقة. هي نظرية حديثة وقانونية صرفة[1562]، تجمع بين سببية إيجابية قوامها ضبط السوابق التي يمكن أن تفسر حدوث الضرر وسببية سلبية غايتها إدراك وجود أي طارئ قد يقطع هذه الرابطة السببية. وقوامها أنها تعتبر أي فعل سببا في الضررإذا كان به شذوذ anormalité أو كان به خلل défectuosité، وتنزع عنه ذلك الدور إذا سلم من تلك الميزة. فمن بإهماله ينسى كنش صكوكه في الشارع، لايطالب بتعويض الضرر اللاحق بتاجر استلم أحدها من سارق الكنش. ويفسر الأمر بتوقف تمادي أثر الإهمال عند الفعل غير المشروع للسارق، فلا يرتبط النسيان بضرر التاجر، وتتوقف الموجة السببية عند عدم المشروعية الجديدة، وتتصدع لتنقطع عن آخر حلقات الضرر.

ولم يشفع لهذه الرؤية التزامها بمبادئ المسؤولية من النقد.

### ب ـ انتقاد النظرية

**484.** لم تبوب هذه النظرية كرؤية تضاف إلى نظيراتها السابقة. وتم عرضها كمجرد منهجية بحث تطبيقية وعملية للسببية[1563]، أو كحل اعتمده

ou l'autre sans aucun hiatus ». N. Dejean de la Batie, note sous Cass. civ. 2, 13 mai 1969, JCP 1970, II, n° 16470.

وهناك من ينسبها إلى إلى الفقيه محمد نجيب حسني

P.-A. Bon, La causalité en droit pénal, th. Poitiers, LGDJ, Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales, 2006, n° 685.

حول النقاش

Ch. Quézel-Ambrunaz, th. préc.n°295, p. 255.

[1562] Ph. Brun, La responsabilité extracontractuelle, n°238, p. 153 ; Ch. Quézel-Ambrunaz, op.cit.

[1563] J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, Les Obligations, t. 2, Le fait juridique, Sirey Université, 13ème ed. 2009, n° 186, p. 214: « recherche pragmatique du lien de causalité ».

القضاء، يضاف إلى القانون الوضعي في معالجته لقضية السببية[1564]. وبغض النظر عن ارتقائها إلى منزلة التجريد النظري أو تخلفها عن ذلك، فإن أسسها لم تسلم من الجدال. ذلك أنها افتقرت إلى التميّز ولم تنفصل معالمها عن نظرية تكافؤ الأسباب[1565]، فتداخلت معها، ولم تتضح بما يكفي لتقطع كل وشيجة معها[1566]. أما مفاهيمها الأساسية من خلل défectuosité وشذوذ anormalité، فلا تعدو أن تكون ترددا لمصطلح الخطإ[1567]، أولخطورته[1568]. لكنها مفيدة في فرضية تظافر الأسباب.

ولم يكتف القضاء بنظرية دون الأخرى.

## الفقرة الثالثة: التطبيق القضائي

**485.** نظرية السبب المنتج هي نظرية ضيقة بسبب انتقائها للفعل السببي. أمّا نظرية تعدد الأسباب فتبدو أكثر اتساعا، ويذهب القضاء إلى الأخذ بهما وفق ما يراها أو فى بتحقيق المسؤولية وبتحقيق التعويض.

التعارض بين نظريات السببية الفعالة والسببية المنتجة تعارض مصطنع حسب البعض، وعلة الحجة أن السببية تتحول إلى معول عملي، لا يقبع في مرحلة

---

1564 G. Viney, P. Jourdain, Les conditions, n° 358.

1565 M. Bacache-Gibeili, Droit civil, sous la direction de C. Larroumet, t. V, Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle, 1ère éd., 2007, n° 376.

1566 A. Nasri, Contribution à l'étude de la notion de causalité en droit pénal, th. Paris I, 2006, n° 295.

1567 C. Lapoyade-Deschamps, La responsabilité de la victime, th. Bordeaux, 1977, p. 123: Ces raisonnements ne manquent pas de pertinence mais il est à peine besoin de remarquer [qu'] il est fait appel à des éléments incertains ou étrangers à la notion de causalité [...]. En réalité on ne parvient pas à dissocier la causalité et la faute, même masquée sous les notions de "défectuosité" ou "d'anormalité".

1568 A. Nasri, préc.



التأمل النظري المجرد[1569](أ)، وأن البتّ فيها موكول لإجتهاد القاضي، فيتجه نحو القرائن والإثبات[1570](ب).

### أ ـ الملكة العملية في تطبيق السببية

**486.** اقترح البعض حسم مجال النظريتين حسما قاطعا، بتطبيق توزيعي ترتبط بمقتضاه تعادل الأسباب بالمسؤولية الذاتية، والسببية الفعالة بالمسؤولية الموضوعية[1571]، ورأى الآخرفي هذا خطرا يحدق بنظرية السببية القانونية وبأسس المسؤولية عموما وتحويلا لوظائفها[1572].

في التطبيقات القضائية[1573] نجد أن القضاء التونسي اعتمد أحيانا نظرية السبب المنتج[1574]. فقد نقضت محكمة التعقيب قرار استئنافيا لم يبين الدّور السببي للسيارة في الحادث. كما اعتمدت هذه النظرية أيضا لتحميل المتضرر مسؤولية الحادث عندما لم يحترم علامة قف لما كان القطار مارّا ولا التنبيه الصوتي الصّادر عن القطار. وقد ذهبت المحاكم التونسية عند توارد الأخطاء

---

1569 A. Bénabent, Droit civil, Les obligations, Montchrestien, Domat, droit privé, 12 ème éd. 2010, n° 556, p. 398: Il faut procéder de façon empirique, par référence au bon sens. n° 558, p. 399: ..."on a perdu tout espoir de voir la jurisprudence prendre parti, soucieuse qu'elle est de se conserver la plus grande latitude pour une appréciation cas par cas".

1570 Ph. Pierre, Les présomptions relatives à la causalité, in les distorsions du lien de causalité, préc, p. 42.: Entre causalité adéquate, équivalence des conditions et leurs variantes, tout revient, à un moment ou à un autre, au libre parti judiciaire, y compris sur le plan probatoire.

1571 Flour J., Aubert J.-L. et Savaux E., Droit civil, Les obligations, vol. II, Le fait juridique, n° 159, p. 182, n° 160, p. 183.

1572 Brun Ph., Responsabilité civile extracontractuelle, Litec, 2009, no 243, p. 157. M.Bacache-Gibeili, La responsabilité civile extracontractuelle, préc.n°378, p.419.

1573 رضا خماخم وحسين بن سليمة، نظرة فقه القضاء للعلاقة السببية في المسؤولية التقصيرية، مقال في "خمسون عاما من فقه القضاء المدني، سابق الذكر، ص. 966.

1574 تعقيبي مدني 19 فيفري 1977 ن. ج. I، ص. 120.

وارتكابها من المسؤول والمتضرر إلى إنتفاء الخطإ الذي تراه مرتبط سببيا مع الضرر باعتماد الخطإ الجسيم. فالخطأ الجسيم يستغرق العلاقة السببية كلها ويتولى امتصاص الدور السببي للخطإ اليسير. ومن أمثلة القضاء أنه إذا انضح أن سائقا لم يحترم علامة قف وتم الاصطدام بينه وبين سيارة أخرى تسير بسرعة مفرطة في المعبّد الذي يقطع اتجاه السائق الأول، فإن العلاقة السّببية لا ترتبط بالخطأين بل بالخطإ الجسيم المتمثل في عدم احترام علامة قف، أمّا السرعة فلا ترتبط سببيا مع الضرر[1575]. وإذا ما اتضح أن سائق الدّراجة النارية لا يحمل خوذة، وأن الوسيلة التي صدمته تسير بسرعة فائقة، فإن الضرر يرتبط في هذه الوضعية مع سبب منتج وفعّال، يحدد بمعيار الخطإ الجسيم الذي يظهر وصفه في خطإ السائق[1576]. وهي تضرب صفحا عن نظرية تكافؤ الأسباب رغم وجود خطأين متظافرين، فعالجت السببية بمقارنة الأخطاء المتعاقبة لتفرغ البسيطة من كل دور سببي، وتعقد ذلك الدور مع الخطأ الجسيم[1577]. والواضح أن التقدير ــ بمنظار أخلاقي ــ لسلوك الفاعل

1575 تعقيبي جزائي عدد 65732، 8 نوفمبر 1995، ن. ج. ص. 145.

1576 تعقيبي جزائي عدد 48239 ، في 7 فيفري 1995، ن. ج. ص. 159.

1577 وهو اتجاه جسمه قضاء الأصل أيضا معتنقا بوضوح نظرية السبب المنتج . قرار استئنافي عدد 47638 مؤرخ في 30 أكتوبر 1967، م ق ت 1967، ص. 70. " إن نظرية الخطأ المنتج يحدد مداها في مجال المسؤولية والتعويض على أساس مؤداه إذا توجّد نوعان من الخطأ واتضح أن أحدهما لا يعدو أن يكون ظلا للآخر وأثرا بارزا من آثاره ونتيجة حتمية من نتائجه. فلا مندوحة إذن من اندراج الخطأ المستتبع فيما كان مرجعا له وسببا لانبعاثه. وأخذا لهذا المبدأ بعين الاعتبار ... القول بتفرّد المتهمة بالتقصير المفضي لحصول الحادث ومسؤوليتها عن ذلك مسؤولية ... مجزّأة".

ونلمس ذات التوجه في القضاء الفرنسي. فكثيرة هي القرارت التي تدعو إلى ربط السببية بال... القصدي وإسقاطها عن الإهمال المرافق له في المسؤولية وفي حصول الضرر. فنسيان ... الصكوك من صاحبه لادخل له إطلاقا من الناحية السببية مع عدم الخلاص، إذ لايرتبط سببيا إلا مع خطإ السارق وتعميره خفية عنه. انظر تحليل القرار من زاوية السببية المتواصلة.

Civ.2ème, 7 décembre 1988, R.T.D, civ. 1989, p. 557, obs. Jourdain.

كما أن دخول طفل غير مميز إلى نفق ممنوع تابع لمحطة تنظيف أدى إلى بتر رجله بواسطة التجهيز الآلي لا يعد سببا في الضرر، لأن العلاقة السببية قد استغرقها الخلل الفني في تركيب المحطة لعدم توقفه آليا عند حادث مماثل وإخلاله بهذا الإهمال بمواصفات السلامة.



والمتضرر، يلغي لدى القضاء الدور السببي للذي يعد خفيفا وزهيدا في ميزان الخطورة، لصالح السلوك الذي طفح من هذه الزاوية. وفي تفسيرها للخطإ غير المغتفر الصادر عن المتضرر غير السائق، أضافت محكمة التعقيب شرطا، يجعل منه السبب الوحيد في الحادث، حتى يتحقق حرمانه من التعويض[1578].

487. ومع هذه النظرية فإن القضاء التونسي لم يهمل نظرية تكافؤ الأسباب. فقد نقضت محكمة التعقيب قرارا استئنافيا لم يعتبر أن التهابا سابقا في خاصرة المصاب ساهم في الضرر الذي تفاقم في هذه الخاصرة عند الاصطدام. وأكدّت محكمة التعقيب اعتمادها على تكافؤ الأسباب في ضبط العلاقة السببية بين تفاقم قصور كلوي لمريض حقن بمادة اليود. فنقضت قرارا استئنافيا أهمل عنصرين اثنين عزّزا تدهور صحته، وهما الطبيعة المرضية الوراثية للأنسجة الكلوية، مع ضغط مزمن للدم[1579]. وتزداد حظوظ هذه النظرية في التطبيق بالاعتماد على حجية المقضي به جزائيا على المدني عند القيام على أساس الفصل 83 م إ ع، إذ كثيرا ما يتولى القضاء الجزائي تجزئة المساهمة السببية ويتولى القضاء المدني تبعا لذلك تطبيق ما ورد به الحكم الجزائي مما يؤدي آليا إلى اعتماد نظرية تكافؤ الأسباب. ولكن بعض الاتجاهات القضائية ذهبت إلى تجزئة المسؤولية بين الحافظ والمتضرر حتى على أساس الفصل 96 م ا ع، وفي ذلك خروج عن صيغة هذا الفصل

Crim. 14 juin 2005, R.T.D.civ. 2006, p. 125. obs. Jourdain; JCP 2006. I. 111, obs. Ph. Stoffel-Munck.

لتقديم مستفيض للقضاء الفرنسي ومناقشته وتأصيله وبيان الفوارق في هذه النقطة.

M.Bacache-Gibeili, La responsabilité civile extracontractuelle, préc. n°383s, p. 424s; Viney et Jourdain, Les conditions, n°356, p. 201; M.Fabre-Magnan, Droit des obligations, Responsabilité civile, n°49, p. 133s.

وقد غير القضاء الفرنسي من موقفه، ليتخلى عن مبدإ استيعاب الخطإ الجسيم للخطإ اليسير.

1578 تعقيبي مدني عدد 30273 مؤرخ في 07 مارس 2009، ن. ص. 167. انظر الفقرة 320.

1579 تعقيبي مدني عدد9118 ، في 11جانفي 2006،غير منشور.

وخروج كذلك عن قرارات الدوائر المجتمعة لسنة 1995. وقد انتهت الدوائر المجتمعة سنة 2002 إلى قصف هذه الاتجاهات من قواعدها[1580].

ولا يقف الأمر عند انتقاء إحدى النظريات السببية أو المراوحة بينها، فللقضاء مواقف من عبء إثبات السببية ومركز الأطراف فيه.

### أ ـــ إثبات السببية[1581]

488. يرافق إثبات السببية اعتماد القاعدة الأصولية التي تحمل المدعي عبء الإثبات. إلا أن التزام القضاء بها لا يخفي قبوله باستثناءات تضع ثبات القاعدة في الميزان. ويتضح أن صعوبة اثبات العلاقة السببية في حد ذاتها، بالإضافة إلى تعقيدها جراء التطور العلمي وما حمله من جدل، وافتراض للدور السببي لبعض المواد أو لبعض الأنشطة، كانت سبيلا إلى إقحام نظام إثباتي يقبل بالقرائن القضائية.

ويشهد في القضاء التونسي على ذلك كمّ من القرارات قبلت بتوفر شرط السببية مكتفية بالاحتمال القوي، لترفعه إلى منزلة اليقين. من ذلك أن محكمة التعقيب اعتبرت أن قضاء الأصل تطرق إلى دفع جوهري أثارته الشركة التونسية للكهرباء والغاز، لما نفت وجود علاقة سبية بين وفاة شخص وفعل الأسلاك التي في حفظها-، مؤكدة أن التقرير الطبي رجح فرضية الاحتمال باستعمال عبارة "vraisemblablement" بين الوفاة والصعقة، بالاضافة إلى وجود حروق في أسفل البدن وليس في أعلاه. وردّ ردا سليما قام على قرائن

[1580] انظر التحاليل السابقة حول هذه النقطة.

[1581] G. Viney, La responsabilité des fabricants de médicaments et de vaccins : les affres de la preuve, Chr. D. 2010, p. 391 ; Ph.Brun, Raffinements ou faux-fuyants ? Pour sortir de l'ambiguité dans le contentieux du vaccin contre le virus de l'hépatite B,(à propos d'un arrêt de la Cour de cassation du 25 nov. 2010), Chr. D. 2011, p.316 .



قضائية نأت به عن ضعف التعليل وعن خرق القانون[1582]. ويعني أن القضاء يكتفي أيضا بقرائن ترجح وجود العلاقة السببية، وفي هذا تخفيف لعبء الإثبات، وحدّ للمخاطر التي قد تعرض حق المتضرر للضياع. وييسر هذا النهج نحو الانفتاح على قضية السببية مع الأضرار التي تنجم عن الأدوية والمواد الصحية وتطور الأنشطة العلمية[1583]، ليعيد على السطح من جهة مسألة التفرقة بين السببية القانونية والسببية العلمية، ويبرز من أخرى أهمية القرائن القضائية في إثبات السببية.

فمن الناحية الأولى، عندما لا تجزم العلوم الطبية بوجود علاقة بين فعل أو مادة أو دواء، فإن السببية القانونية تتبع السببية العلمية وتنتفي تبعا لذلك[1584]. وإذا حققت العلوم امكانية توفرها، فلا مانع من قيامها قانونا. وعندما يعتريها بعض الشك أو بعض الريبة، تمكن القرائن القضائية من إثباتها تعزيزا لجانب المتضرر.

**489**. ومن المفيد الاستئناس بالقضاء الفرنسي، وما شهده من زخم تطبيقي للأضرار الناجمة عن المواد الصيدلية والأدوية أدت إلى وضع شرط السببية مجددا على المحك، إذ قد ينير الدرب أمام ما عسى أن يؤدي إليه تفسير أحكام الفصل التاسع من القانون 91-85 المؤرخ في 22 نوفمبر 1985، المتعلق بصناعة و تسجيل الأدوية المعدة للطب البشري[1585]. ولاغرو في أن

[1582] تعقيبي مدني عدد 16463 مؤرخ في 14 جوان 2002 غير منشور.

[1583] Ines AMOURI, L'évolution de la causalité et l'évolution techno-scientifique dans la responsabilité civile, th.2010.

[1584] وقد سار في ذلك القضاء الفرنسي في مرحلة معينة بمناسبة نزاعات سببها استهلاك بعض الأدوية واللقاح.

Civ 1ère, 27 Février 2007, D. 2007, Sommaire, 2899, obs.Ph. Brun.

[1585] " لاتنفي رخصة ترويج الدواء بالسوق مسؤولية الحق العام عن المنتج صاحب رخصة الترويج بالسوق".

التلقيح ضد التهاب الكبد، أثار دراسة علاقته السببية مع أعراض التصلد الصفيحي " Sclérose en plaque ". ويجدر التذكير أن القضاء الفرنسي استبعد تلك العلاقة، لافتقاد موقف علمي يؤكد ذلك الخطر، لتتطابق السببية العلمية مع السببية القانونية[1586]. أمّا إذا كان العلم يقر بوجود ذلك الخطر أو لا ينفيه قطعا، فإن هذا المعطى يليّن النظام الإثباتي ويراجع صرامته، فيفتح الباب أمام اعتماد القرائن القضائية إذا كانت متظافرة ودقيقة وخطيرة. فقبل القضاء بثبوت العلاقة السببية بين استهلاك دواء مستحضر من هرمونات النمو والإصابة بمرض جنون البقر المعروف باسم "Creutsfeld Jacob"، وبين ودواء المصاوغ Isoméride وارتفاع الضغط في شرايين الرئتين. ولم يكن التسبب في كل هذه الإصابات قاطعا لا لبس فيه، بل هو ظني رجح القضاء ثبوته بقرائن تقنع بوجود ذلك التسبب مثل سحب بعض الأدوية من السوق، أو ضيق الحيز الزمني بين ظهور أعراض المرض وتناول الدواء. وانتهى القضاء الفرنسي أيضا إلى الأخذ بذلك كلما لم يكن هناك أي تفسير آخر لظهور المرض[1587]. وقد كان هذا التطويع لإثبات السببية بالقرائن القضائية محاكاة لما استقر عليه القضاء الاداري في النزاعات الناجمة عن التلقيح الاجباري ضد الالتهاب الحموي للكبد. فكان أن نبذ القضاء العدلي المنهج العلمي للسببية

[1586] Civ 1ère, 24 Janvier 2006, R.T.Dciv. 2006, p. 323, obs. Jourdain.

[1587] وهو ما أثار حفيظة بعض الفقهاء الذين شجبوا الاعتماد على القرائن القضائية لإثبات علاقة سببية لا تسلم بها القوانين العلمية العامة.

J.S. Borghetti, Retour sur le rapport de causalité entre la vaccination contre l'hépatite B et la survenance de la sclérose en plaque, R.D.C 2008, 1191; La responsabilité du fait des produits, Etude de droit comparé, Préface, G. Viney,L.G.D.J 2004, n° 370, p. 367.

لتصبح المنهجية أقرب لشرح السببية، منها إلى ضبط لركن السببية.

G.Canselier, « De l'explication causale en droit de la responsabilité civile délictuelle », R.T.Dciv.2010, p.40s.sp.n° -, p. 42.



ليتبنى منهجا قانونيا يضع جانبا المعطيات الاحصائية في علوم الطب[1588]، ويلزم القضاء بتفحص القرائن المتظافرة وتقديرها للتسليم بوجود علاقة سببية بين اللقاح والتصلد الصفيحي[1589] . وتمادى هذا النفس أيضا في قضايا التعويض لضحايا دواء الديستلبان "Distilbène" الذي تم ترويجه منذ الخمسينات وسحب من السوق سنة 1977، وهو علاج كان يقدم لتجنب الاجهاض ومعالجة الحوامل. إلا أن المواليد الإناث اللائي تلقت أمهاتهن ذلك العلاج أثناء فترة الحمل بهن تعرضن لأعراض خطيرة تراوحت بين العقم والإجهاض السريع وبلغت حد التورمات السرطانية الخبيثة. وعند طلب التعويض، كان على المتضررين مواجهة مسألة السببية . فحمّلهم القضاء الفرنسي إثبات تناول المادة فقط، بما أنه حمّل في المقابل مخابر الصنع أن تثبت أن عينة الدواء التي تناولها المتضرر لا تنتمي إلى الكمية التي تولت

[1588] رفض القضاء المقارن الارتكاز على البعد الاحصائي، لأنه يعتمد على المخاطر، والتي لا تنقلب سببا للضرر، إذ لا يتحتم أن تتحقق مهما كانت.

En droit belge,J. L. Fagnart, « Petite navigation dans les méandres de la causalité », Rev. Des assurances et des responsabilités, 2006, p. 14080, n° 7 ; En droit québecquois, R. P. Koury, « From presumptions of fact to presumptions of causation : reflections on the perils of judge-made rules in Quebec medical malpractice law ». Rev. de droit de l'Université de Sherbrook, 2001, p. 213.

[1589] Civ. 1ère, 22 mai 2008, J.C.P 2008. II. 10131, note L. Grynbaum; R.T.D. civ. 2008, p. 492. « En référence à une approche probabiliste déduite exclusivement de l'absence de lien scientifique et statistique entre vaccination et développement de la maladie, sans rechercher si les éléments de preuve qui lui étaient soumis constituaient, ou non, des présomptions graves, précises et concordantes du caratère défectueux du vaccin litigieux, comme du lien de causalité entre un éventuel défaut et le dommage subi ».

وبدأ أيضا في التنحي عن اشتراط القرائن، تاركا التقدير السببي وجودا وعدما إلى قضاء الأصل، حتى عند فقدان السببية العلمية.

Civ. 1re, 28 janvier 2010, D. 2010, p. 947, note Grégory Maître.

تسويقها[1590]. حلّ يتبنى السببية التناوبية التي تنشأ عند توارد أفعال قادرة منعزلة لوحدها على تحقيق الضرر، دون أن يتمكن المتضرر من إسناده إلى إحداها أو بعضها، والحال أنها لم تتسبب فيه كلها مجتمعة[1591]. وهو يضبط **بذلك نظاما مرنا لإثبات السببية**[1592] في الأضرار الجماعية والمتسلسلة، **ويتفاعل مع الفرضيات** التي لا يجزم فيها العلم بتوفر السببية.

## القسم الثاني: انتفاء العلاقة السببية

**490.** تنتفي العلاقة السببية إذا كان هناك سبب أجنبي وراء الضرر وعلى من يدّعي ذلك أن يثبته.

فماذا يعني السبب الأجنبي؟

المجلة المصرية أحصت في الفصل 156 حالات السبب الأجنبي، فأوردت القوة القاهرة، والأمر الفجائي، وخطإ المتضرر، وفعل الغير. ونسجت على منوالها المجلة الجزائرية في الفصل 27 . وعرفه الفقه "كفعل أو حادث

1590 Civ. 1 ère. 24 septembre 2009, J.C.P, G. 2009, p 381, note S.Hocquet-Berg;D. 2010, Chron.51, obs. Brun; R.T.D.civ. 2010, p.111, obs. Jourdain.
وهو يتجانس مع الفصل 102. ف. 1 من قانون 4 مارس 2004، الذي يضع قرينة سببية لصالح المتضرر، يتحمل المدعى عليه دحضها. ويستفيد المدعي من الشك.

1591 Ch. Quézel-Ambrunaz, « La fiction de la causalité alternative, Fondement et perspectives de la jurisprudence"Distilbène », D. 2010, p.1162.

1592 قبلته مبادئ القانون الأوروبي للمسؤولية

Art.3-103(1): En cas d'activités mutiples, dès lors que chacune d'elles prise isolément aurait été suffisante pour causer le dommage, mais que celle ayant effectivement conduit à sa réalisation reste incertaine, chaque activité est considèrée comme une cause, en proportion de sa contribution probable au dommage subi par lavictime.
وتمكن قراءة الفصل 108 م ا ع، من أنه جنيس للسببية التناوبية، مثل الفصل830 من المجلة المدنية الألمانية و الفصل 1480 من مجلة الكيباك المدنية.



معين لا ينسب للمدعى عليه، ويكون قد جعل منع وقوع العمل الضار مستحيلا"[1593].

**القانون التونسي لم يخصّ هذه الأسباب بنص جامع، ولكنه عدّدها في** نصوص مختلفة وباصطلاحات خاصة كالقوة القاهرة،**(فقرة أولى)**، والأمر الطارئ (فقرة ثانية) ، وخطإ المتضرر**(فقرة ثالثة)**، وفعل الغير**(فقرة رابعة)**.

### الفقرة الأولى: القوة القاهرة

**491.** يعرف الفقهاء القوة القاهرة بأنها "**التي تصدر عن حادث خارج عن إرادة الإنسان لا تجوز نسبته له وليس من الممكن توقعه وتفاديه**"[1594] أو "**ككل فعل لا شأن لإرادة المدين فيه ولم يمكن توقعه ولا منعه ويصبح به تنفيذ الالتزام مستحيلا**"[1595]. وتعرف في الفقه الإسلامي بنظرية العذر والجوائح[1596]، لتشمل الحوادث الأجنبية سواء كان مصدرها فعل الطبيعة أو فعل الإنسان[1597] . ولم تخل مجلة الالتزامات والعقود من إشارة اصطلاحية

1593 سليمان مرقس، الوافي في شرح قانون الالتزامات، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ف. 172، ص.477.

1594 مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية ف.42، مذكور عن حسن العكوش المسؤولية العقدية والتقصيرية في القانون المدني الجديد وفقا لأحدث التشريعات المعدلة وأحكام فقه القضاء، ط. 2، 1970، ص.131.

1595 حسن عامر: القوة الملزمة للعقد الطبعة الأولى: القاهرة، 1949 .

1596 جامع الرسائل - (ج. 1، ص. 395): والأصل في أن تلف المبيع والمستأجر قبل التمكن من قبضه ينفسخ به العقد من السنة ما رواه مسلم في صحيحه عن جابر بن عبد الله قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " لو بعث من أخيك تمرا فأصابته جانحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا، بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟ "وفي رواية" أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح " .فقد بين النبي صلى الله عليه وسلم في هذا الحديث الصحيح أنه إذا باع ثمرا فأصابته جانحة فلا يحل له أن يأخذ منه شيئا، ثم بين سبب ذلك وعلته فقال " بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟ " وهذا دلالة على ما ذكره الله في كتابه من تحريم أكل المال بالباطل وأنه إذا تلف المبيع قبل التمكن من قبضه كان أخذ شيء من الثمن أخذ ماله بغير حق بل بالباطل، وقد حرم الله أكل المال بالباطل لأنه من الظلم المخالف للقسط الذي تقوم به السماء والأرض. وهذا الحديث أصل في هذا الباب.

1597 نفس المصدر السابق،" وعلى هذا الأصل تتفرع المسائل، فالجانحة هي الآفات السماوية التي لا يمكن معها تضمين أحد، مثل الريح والبرد والحر والمطر والجليد والصاعقة ونحو ذلك، كما لو تلف بها غير هذا المبيع. فإن أتلفها آدمي يمكن تضمينه، أو غصبها غاصب، فقال أصحابنا كالقاضي

إلى الجائحة، كما هو الشأن في الفصل 815 من م إ ع المتعلق بالكراء الفلاحي[1598].

القوة القاهرة هي حادث أجنبي، غير متوقع، لا يمكن دفعه. ويؤدي إلى انتفاء العلاقة السببية وانتفاء المسؤولية. وسوف ندرس شروط القوة القاهرة(أ)، وبعد ذلك آثارها(ب).

### أ ــ شروط القوة القاهرة

**492.** تعرضت مجلة الالتزامات والعقود إلى القوة القاهرة في الفصلين 282 و283[1599]، وهما فصلان يرتبطان بالمسؤولية التعاقدية[1600]. ولا يعني هذا عدم إمكانية سحبهما على المسؤولية التقصيرية[1601]. ويجب لشروط القوة

وغيره: هي بمنزل إتلاف المبيع قبل التمكن من قبضه، يخير المشتري بين الإمضاء والفسخ كما تقدم، وإن أتلفها من الآدميين من لا يمكن ضمانه كالجيوش التي تنهبها واللصوص الذين يخربونها، فخرجوا فيه وجهين (أحدهما) ليست جائحة لأنها من فعل آدمي (والثاني) وهو قياس أصول المذهب أنها جائحة وهو مذهب مالك كما قلنا مثل ذلك في منافع الإجارة، لأن المأخذ إنما هو إمكان الضمان، ولهذا لو كان المتلف جيوش الكفار أو أهل الحرب كان ذلك كالآفة السماوية، والجيوش واللصوص وإن فعلوا ذلك ظلما ولم يكن تضمينهم فهم بمنزلة البرد في المعنى". و جاء في تحفة ابن عاصم الأندلسي: وكل ما لا يستطيع الدفع له ... جائحة مثل الرياح المرسلة ... والجيش معدود من الجوائح ...كفتنة والعدو الكاشح. ولكن هذه النظرية تتعدى أيضا إلى كل حالات الإرهاق والمشقة التي تصيب المدين مثل الظروف الطارئة: صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود، سابق الذكر. ص. 277.

1598 قرار تعقيبي مدني الدوائر المجتمعة عدد 36152 مؤرخ في 03 فيفري 1993، مذكور من ألفة المنصوري حرم الإمام في اطروحة الاستحالة في النظرية العامة من العقد، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 2007-2008 الهامش، وقد أورد هذا القرار نصوصا من الفقه الإسلامي مأخوذة عن كتاب مرشد الحيران، وكتاب التاودي، ص. 168، ومتن العاصمية تحفة الحكام للقاضي أبي بكر بن محمد بن عاصم الأندلسي، ص. 29. مع ذكر النص التالي
"ان متوالي القحط والأمطار *** جائحة الكراء مثل الفار.
يسقط الكراء إما جملة *** أو بحساب من فساد حله.

1599 وتقابلها في القانون الفرنسي الفصل 1147 م. م. ف، و1105 م. مدنية إسبانية، و216 والفصل 145 م. م. مغربية، و127 م. م. جزائرية.

1600 في تحليل الفصلين، محمد الزين ، مصدر سابق الذكر، فقرة369 و ما تليها، ص.299 و ما تليها.

1601 بسمة التواتي، القوة القاهرة في القانون المدني التونسي.مذكرة شهادة دروس معمقة في القانون الخاص، جامعة تونس 1992/1993.



القاهرة أن تجتمع معا، وإلا فإنّها لا تتأسس[1602]. ولا يجوز للأطرف تقييد شروط القوة القاهرة أو التوسع فيها بإطلاقها في المسؤولية التقصيرية، ويبطل ذلك الإتفاق بطلانا مطلقا[1603]، بخلاف المسؤولية التعاقدية[1604].

### 1 ــ القوة القاهرة حادث أجنبي

**493.** الحادث الأجنبي يعني أنه خارج عن إرادة المسؤول، فإن تسبب بخطئه فلا يعد حادثا أجنبيا. وقد جاء هذا الشرط ضمنيا في عديد فصول المجلة مثل الفصل644 و1075 و 1208 م ا ع. ومثال ذلك، لا يمكن لجريدة أن تحتج بالقوة القاهرة عندما تعطلت عن الصدّور بقرار إداري منعها عن إصدار عديد الإعلانات الاشهارية التي تعاقدت في شأنها، إذا كان سبب تعطيلها منسوبا إلى مخالفتها للقانون. كما أن قلع غراسات من الكروم بأمر من السلطة بسبب فقدان الرخصة الإدارية الضرورية لذلك، وتجاوز الفلاح عنها، لا يعد قوة قاهرة لسبق الخطأ منه وعدم خروج الأمر عن إرادته[1605]. والحكم

1602 اعتبر بعض الفقهاء أن شرط عدم الدفع كفيل لوحده لتأ سيس القوة القاهرة لأنها تشمل الشرطين الباقيين.
P.H. Antomattéi, Contribution à l'étude de la force majeure, L.G.D.J, 1992, préface B. Teyssié.

1603 P.H. Antomattéi, op. cit. n° 404-2, p.288.

1604 محمد الزين ، مصدر سابق الذكر،ف.373، ص.303، والمراجع الفقهية العديدة. وهو نفس الموقف في العقود الدولية.

1605 بسمة التواتي ، المصدر السابق، ص.17. إستئناف تونس عدد 57066 مؤرخ في 27 أكتوبر 1964، م. ق. ت. عدد 7 لسنة 1965، ص. 98. كذلك تعقيبي مدني عدد 8048 مؤرخ في 19 أكتوبر 1982، ن. ج. III، ص. 151، الخطأ المتقدم من الصانعة وكان سببا للحادث يبعد مجال انطباق قواعد القوة القاهرة ولا يعارض بها الحريف. كما أن دخول السجن بسبب جريمة مقترفة لا يعد قوة قاهرة، تعقيبي مدني عدد 2544 مؤرخة في 25 ديسمبر 1988، ن. ج. I، ص. 233، إلا إذا تثبت براءته بعد مكوثه فترة في الإيقاف، تعقيبي مدني عدد 10138 في 13 جوان 1984 ن. 1985، ص. 45. ولا يعتبر الخروج من المحل التجاري قوة قاهرة لامتناع المتسوغ عن أداء الكراء، وإخلاله بواجب تعاقدي أساسي، تعقيبي مدني عدد 16976 في 16 جانفي 1989، ن. ص, 20. كما أن القضاء الإداري سار على نفس الخطى بتأكيده على أنه "من القواعد المقررة في القانون أن السبب الناشئ من خطإ متقدم لا يعتبر قوة قاهرة"، قرار استئنافي عدد 615 في 12 جوان .1989.

الجزائي الصادر ضد أجير الشركة لا يعد قوة قاهرة بعفيها من أداء فوائض التأخير، لأن السبب الحادث من خطإ متقدم من المدين فإنه لايعتبر قوة قاهرة"[1606]، وانفكاك المجرورة تقصير لايعد قوة قاهرة[1607]. فالخطأ والقوة القاهرة "ضدان لا يجتمعان"[1608]. واقتبست الدوائر المجتمعة عن إحدى دوائرها أن" السبب الحادث من خطإ متقدم من المدين فإنه لا يعتبر قوة قاهرة"[1609]. ولا تترك الصيغة الظاهرة للفصل 104 م.ا.ع أي ريب في الأمرلما نصت أنه ... لا ضمان بمضرة حصلت بأمر طارئ أو قوة قاهرة، إذا لم يكن هناك خطأ ينسب للمدعي قبل وقوع الحادثة أو في أثنائها[1610]. وهو أشد تأكدا في المسؤولية التقصيرية مقارنة مع المسؤولية التعاقدية[1611].

**494**. ويستدعي هذا الإنتباه إلى نطاق التفصي بإثبات القوة القاهرة، واقتصارها على قرائن الخطإ والمسؤولية دونما تعد إلى المسؤولية عن الفعل الشخصي[1612]. ذلك أنها تقتضي إمكانية دفع المسؤولية، ولا يعقل ذلك إلا عند

1606 تعقيبي مدني عدد 43122 مؤرخ في 13 جوان 1994، ن، ص. 367.
1607 تعقيبي مدني عدد 5630 مؤرخ في 10 جوان 1982، ن،ج. 3، ص. 272.
1608 وحيد الدين سوار، ف512، ص. 388.
1609 قرار تعقيبي مدني الدوائر المجتمعة عدد 30931 مؤرخ في 26 أفريل 2007، قرارات الدوائر المجتمعة، 2006-2007، ص.447، مع ملحوظات الادعاء العام، ولم تعتبر فيه محكمة التعقيب سجن الأجير قوة قاهرة. قارن من حيث التعليل مع القرارالتعقيبي المدني عدد 2544 مؤرخ في 25 ديسمبر 1988، ن. ج. I، ص. 233 وعدد 10138 في 13 جوان 1984، ن. 1985، ص. 45 .
1610 ويتمادى الفصل 280 م ا ع في هذا النفس. فهو يحمل تبعات القوة القاهرة وينزع عنها مفعوله الإعفائي عند مماطلة المدين، بسبب سبق خطإ منه.
M.M. Chaffei, La demeure du débiteur dans l'exécution du contrat en droit civil, th.Fac. de Droit et de sc.politiques et économiques de Tunis, 1984, p.348.
1611 Ph.Malaurie, L.Aynès, Ph.Stoffel-Munck, Les obligations, 4ème éd. Défrénois, 2009, n°195, p.101.
1612 Ph.Brun, La responsabilité civile extracontractuelle, op.cit.n°318, p.164 ; H.et L. Mazeaud, F. Chabas, Leçons de droit civil, n°574,p.657.



قيام القرائن. ولا يتصور ذلك إلا من المركز الاجرائي للمدعى عليه الذي يلجأ إلى إثبات عكس ما يتحمله بسبب أحكام القرينة[1613]. أمّا قيام المسؤولية الشخصية فيبقى رهين إثبات الخطأ، ويرتبط الأمر تحققا أو انتفاء مع ما يؤول إليه الإثبات. وقد ينصرف المسؤول المدعى عليه إجرائيا حينها إلى إثبات غياب الخطأ أو عدم توفر وصفه، دونما وجاهة في أن يبرهن على وجود حادث أجنبي لا يمكن توقعه ولا دفعه. ولم يقف الفصل 104 هذا الموقف، فهو يرى ضمنيا وجاهة التفصي من المسؤولية الشخصية عند وجود القوة القاهرة.

ولكنه يثير ملاحظة ذات بال. فبمقارنته بمجلات أجنبية مثل المجلة المدنية الفرنسية والمجلة المدنية لبلاد الشيلي، يلاحظ أنهما تطرقتا إلى القوة القاهرة بمناسبة التعرض إلى المسؤولية التعاقدية فقط. ذلك أن أهمية الخطأ في الفعل غير المشروع أعدمت الفائدة من التطرق إلى القوة القاهرة في المسؤولية التقصيرية القائمة زمنها على الخطأ.

**495**. فهل يصدق هذا التطور على مجلة الالتزامات والعقود؟ لم تصطبغ مصادر المجلة بالرؤية الذاتية الصرفة، لوفرة مواردها المادية التي كان فيها الطابع الموضوعي حاضرا، حتى وإن ورد الفصل 104 من م ا ع في معرض تنظير مدقق للخطإ، ويندرج وفقا لمركزه وسياقه في النظرية الذاتية للمسؤولية. وإن بدت المجلة من هذه الزاوية أثرى في مادتها وأحكامها من نظيراتها الأخرى المزامنة أو السابقة، فقد أسست القوة القاهرة على فقدان السببية، وليس على فقدان الخطأ[1614]، منسجمة في ذلك مع موقف القضاء[1615].

1613 Ph.Conte, Rép.civ, Responsabilité du fait personnel, n°51et 149.
1614 Ines Amouri, L'évolution de la causalité et l'évolution techno-scientifique dans la responsabilité civile, th., Fac.de droit de Sfax,Fac. de droit et de science politique Aix-MarseilleIII, 2010, n° 128, p.153.
1615 تعقيبي مدني عدد16957، في 25 أفريل 1989، ن. ص. 149.

**496**. وينتفي عنصر الخروج أيضا إذا كان الضرر منسوبا لشيء في حفظ المسؤول، سواء كان معيبا أو في وضع غير عادي، كمثل الأسلاك الكهربائية التي تصعق متضررا بسبب عدم عزلها[1616]، أو اقترابها من مستوى الأرض[1617]. كما لا يعد خارجا عن فعل المسؤول فعل التابع، حتى وإن تم اقترافه بمناسبة خروجه عن الوظيفة[1618]. ويستحسن عموما في خصوص هذا الشرط التأكد فقط من أن المسؤول لم يتسبب فيه ولا في حصوله سواء شخصيا أو بواسطة منظوريه[1619].

ويستنتج هذا الشرط من الفصل 282 م.ا.ع. الذي استعمل صيغة "سببا غير منسوب إليه"، وكذلك من صيغة الفصل 283 م.ا.ع. الذي تحدّث عن الحوادث الطبيعية كالفيضانات والزوابع والحرائق[1620] وفعل الأمير. وللقضاء

[1616] تعقيبي مدني عدد16914في 29 ديسمبر 1986، ن. 1987، ج.2، ص.318.

[1617] تعقيبي مدني عدد13270في 5ماي1986، ن. 1987، ج.2، ص.314. ونجد تعريفا مماثلا لمحكمة إستئناف دمشق مؤرخ في 27 ماي 1957 مجلة القانون عدد 6 لعام 1958، ص. 415. تعد قوة قاهرة الأفات المسخرة وأفات الطبيعة، والحرب والاضطرابات، وهي الحوادث الخارقة للعادة غير المنتظرة الوقوع. أمّا الحادث الواقع بسبب العطل الطارئ على الآلة الخاضعة لحركة الانسان ورقابته (انكسار المقود)، فلا تعد قوة قاهرة.
إن كسر مقود السيارة، أو تعطل مكابحها أو انفجار الدولاب أو كسر الأكس، وإن كانت من الوقائع التي لا يمكن توقعها ولا تفاديها، إلا أنها لا تشكل قوة قاهرة تعفي من المسؤولية، ما دامت هي حوادث من داخل سيارة تحمل أكثر من طاقتها و تسير بسرعة زائدة (نقض (غ. جنحة) قرار 46 في 6 فيفري 1975 المحامون عدد 1975، ص. 195. في حين أن قرارا صدر عن محكمة النقض السورية في 31 مارس 1973 المحامون 1973، ص. 334. جاء فيه "إن الحادث جرى بقوة قاهرة هي كسر المسمار الواصل بين الجرار والمقتورة ...من حيث أن الحكم المطعون فيه إذ اعتبر كسر المسمار ساحب المقتورة من قبيل القوة القاهرة، لم يعن بتبيان عوامل انكسار هذا المسمار وموقف السائق من أمر تبيعته عن تنفقده إياه، والتثبت من سلامته ومتانته، ومن ذمة إستقصاء ركنين القوة القاهرة في ذلك".

[1618] تؤكد بعض نصوص مجلة الالتزامات والعقود صراحة عن تعارض القوة القاهرة مع الفعل الصادر عن المتبوع. ففي معرض أحكام الإجارة على الصنع اقتضى الفصل 850م.ا.ع. أن القوة القاهرة أو الأمر الطارئ "لا ينسب إلى تقصيرهم أو تقصير مأموريهم" ومن تطبيقات ذلك تعقيبي مدني عدد 10630في 25 ديسمبر 1975، غير منشور، مذكور عن بسمة التواتي، المصدر السابق، ص.18.

[1619] En ce sens, Jourdain, note préc. 1579.

[1620] واعتبرت محكمة التعقيب "ان حالة الجفاف تعتبر من القوة القاهرة التي لا شأن لإرادة الإنسان بها". تعقيبي مدني عدد 61792 مؤرخ في 15 فيفري 1999، غير منشور، مذكور من ألفة المنصوري حرم الإمام، الأطروحة سابقة الذكر، الهامش.



تعريف لفعل الأمير ومدى تأثيره على انتفاء السببية لاستحالة تنفيذ العقد. ومن الشواهد على ذلك، ما صدر عن محكمة الاستئناف بتونس، بمناسبة دعوى في إكساء قرارت تحكيمية أجنبية بالصيغة التنفيذية[1621]، ألزمت الديوان القومي للزيت بأداء غرامات جراء عدم ابتياعه لكميات وفيرة من الزيوت النباتية وخاصة زيت السوجا، خلافا لما تعهد به مع شركة أجنبية. ويعزى تراجعه عن استيراد تلك المادة إلى صدور أمر حكومي مانع له. وقد رفضت المحكمة إكساءها بالصيغة التنفيذية، لإخلالها بالنظام العام الدولي التونسي، بسبب إهدارها لحقوق الدفاع. وتأتّى ذلك من فقدان التعليل في القرارات التحكيمية، رغم تمسك ديوان الزيت بالقوة القاهرة على معنى الفصل 16 من العقد الأنموذجي، الذي يعفي من المسؤولية إن استحال التنفيذ في حال توفر القوة القاهرة جراء أمر حكومي أو أمر تشريعي. ورغم تأكيد القرار على أن الإكساء بالصيغة التنفيذية لا يمكن أن ينقلب إلى ذريعة للمراجعة[1622]، فإنه اعتبر — مدعما حجته بعديد القرارت الصادرة في التجارة الدولية التي استخلصت من فعل الأمير قياما للقوة القاهرة — ، أن إهمال مناقشة القرار التحكيمي لذلك الدفع، هنة تمنع الاستجابة لطلب الصيغة التنفيذية. وقد ردت محكمة التعقيب المطاعن الموجهة ضد ذلك القرار مؤكدة أن فعل الأمير يشكل قوة قاهرة[1623]. وسنحت لمحكمة التعقيب مجددا فرصة لتعريف فعل الأمير

[1621] محكمة الاستئناف بتونس عدد 45823 في 22 أفريل 1981، م.ت.ق. 1981، ص. 101، تعليق محمد العربي هاشم.

[1622] سبق للطرف الأجنبي الحصول على أحكام الإكساء بالصيغة التنفيذية لقرارات تحكيمية أحجم ديوان الزيت عن الحضور فيها، ثم تمسك لدى قاضي التنفيذ بالقوة القاهرة. وبما أن دوره يقتصر على مراقبة صحة الإجراءات واحترام حق الدفاع فإنه لم يقبل بالخوض في أصل القوة القاهرة. وقد صدرت القرارات كلها قبل صدور مجلة التحكيم ومجلة القانون الدولي الخاص، واعتمدت محكمة الإستئناف على الفصل 318ف.5م. م. م. ت. وعلى ف.2.ب من المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك الخاصة بتنفيذ القرارات التحكيمية والاعتراف بها.

[1623] تعقيبي مدني عدد 6653 في 2 فيفري 1983، غير منشور، مذكور في ملحق أطروحة حسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، خصت فيه ميزة عدم الدفع بالذكر دون أن تورد الميزات

وميزاته التي تجعل منه تطبيقا للقوة القاهرة[1624]. ولم تنف المحكمة، استنادا إلى ظاهر الفصل 283 م ا ع أن يكون كذلك. إلا أنها عالجت توفر تلك الميزات من مركز المدين الذي يحتج بها. ولما كان خاضعا لسلطة الإشراف التي اتخذت قرارا مانعا يستحيل معه تنفيذ العقد، فإن عنصر الخروج ينعدم "بناء على أنما ما قررته سلطة الإشراف الخاضعة لها المعقب ضده لا يمكن إعتباره خارجا عن إرادة هذا الأخير، نظرا لعلاقة التداعي التي تربطه بها ولخضوع إرادته لما تقرره، مما يكون معه ما اشترطه بالفصل 283 م ا ع من ضرورة أن يكون السبب غير منسوب للمدين، وبالتالي خارجا عن إرادته غير متوفر، لأن القرار المستند إليه على فرض وجوده يعد من القرارات المتخذة بين مشرف ومشرف عليه"[1625]. وهو يذكربمواقف صدرت عن القضاء الفرنسي، صدت زعم من احتج بقيام فعل الأميرعندما يصدر المنع عن سلطة الإشراف التي يخضع لها[1626] .

497. ولفعل الأمير – المتجسم في الانتزاع الإداري – ، أثر قانوني في تنفيذ عقد الكراء، وفي تحلل المالك من التزامه بضمان انتفاع المتسوغ بالمكرى، وفقا للفصل 755م ا ع[1627]، باعتباره قوة قاهرة. وبغض النظر عن

الأخرى. وتجاوزت التعارض مع النظام العام المأخوذ من هضم حقوق الدفاع، لتقرن بينه في القانون الدولي الخاص مع مخالفة التشريع الداخلي الذي يهم النظام العام، ومنه الحماية التشريعية لزيت الزيتون من منافسة الزيوت النباتية.

1624 تعقيبي مدني عدد 5155 في 14 فيفري 2006، غير منشور.

1625 ولم يقس القرار أي شرط من شروط القوة القاهرة وأكد مبدنيا على ضرورة اجتماعها معا.

1626 Soc.15 avril 1970, D. 1971, p. 107 : «... L'intervention irrégulière ultérieure de cette autorité (l'autorité de tutelle d'Air France) pour tenter, en tant que telle, de mettre obstacle à l'exécution des obligations ainsi stipulée, ne peut être opposée par le débiteur soumis à la tutelle (Air France) comme le fait imprévisible et insurmontable d'un tiers qui lui serait étranger ».

1627 فوزي بالكناني، الحماية القانونية للانتفاع بالمسكن من خلال التزامات المتسوغ، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1996-97. خليفة الخروبي، العقود المسماة، مركز النشر الجامعي، 2007، ف. 413، ص. 271.



مشروعية القرار الإداري أو عدمها[1628]، فإن الانتزاع يعد قوة قاهرة كلما خلا من سعي المالك إليه ومبادرته لدفع الإدارة نحوه[1629].

وتظهر الصعوبة من خلال بعض الوقائع في اعتبار عنصر الخروج، ومنها الإضراب والمرض. المرض هو حادث غير خارج عن المسؤول، لأنه صادر نظريا وموضوعيا من بدن المريض[1630]. ولكن القضاء الفرنسي أقصى هذا الشرط في تقدير القوة القاهرة، عندما يتعلق الأمر بالمرض واكتفى بقبول القوة القاهرة بميزتي عدم التوقع وعدم الدفع[1631]. وانطلاقا من هذا الموقف

1628 حول النقاش، انظر التحليل الدقيق لفوزي بالكناني، الأطروحة السابقة، ف. 210، ص. 223.

1629 تعقيبي عدد 3112 في 3 أفريل 1945، م. ق. ت. عدد 9 و10، ص. 182." إن المبدأ العام اقتضى أن المكرى غير مسؤول عن فعل الأمير، فإن ذلك معلق على شرط ألا يكون هو المتسبب في الأمر المذكور للتحصيل على فائدة منه، كما إذا حرم المكتري من التصرف في المكرى بسبب تسخير وقع الإذن به بإيعاز من المالك المكري و لفائدته." ويتفق القضاء التونسي مع موقف القضاء الفرنسي.

Civ. 28 décembre 1949, D. 1950, p. 158: Si un acte administratif régulièrement pris, ne permet pas, en principe, au preneur de recourir contre son bailleur, c'est à la condition toutefois que le bailleur n'ait pas provoqué l'acte par son fait ou par sa faute. Sur la question, J.P. Le J, .D.G.Gall, L'obligation de garantie dans les louages de choses, L 1962, n°85s.

1630 يهتم التحليل بنظام المرض على ضوء الأحكام العامة للمسؤولية دون انكباب على ما يناسبها في قانون الشغل حيث ينتج عن المرض تحمل المؤجر تبعة مرض مؤجره. وينظر إلى المرض كعلة تصيب المدين في بدنه فتقعده عن الوفاء بالتزامه التعاقدي، أو تكون مسببا في حصول الغعل الضار، كأن تنتابه أزمة قلبية أو تيهان يؤدي إلى الإضرار بالغير. ولا ينظر إليه كوباء منتشر في منطقة معينة تمنع المدين عن الوفاء بما عليه من التزام.

1631 A. P. 14 avril 2006, Bul. Ass. Plén. n° 5: « Attendu qu'il n'y a pas lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce que lui était interdit. Qu'il en est ainsi lorsque le débiteur a été empêché d'exécuter par la maladie, dès lors que cet évènement, présentant un caractère imprévisible lors de la conclusion du contrat et irrésistible dans son exécution, est constitutif d'un cas de force majeure ».Civ 10 février 1998, D. 1998, p.539, obs.D. Mazeaud, J.C.P, G. 1998, 10124, note Paisant : La cour d'appel a justement considèré que cette maladie, irrésistible, constituait un évènement de force majeure, bien que n'étant pas extérieure à celle-ci.

وسوابقه[1632]، اعتبر بعض الفقهاء أن القضاء الفرنسي غيّر من مفهوم القوة القاهرة، وأن إعصارا قد عصف عليها لتصبح القوة القاهرة مصطلحا وظيفيا يطوّره القضاء في تحقيق المسؤولية أو في إلغائها[1633].

**498.** وفيما يتعلق بالإلتزام التعاقدي تقترح بعض الآراء تفاوض الأطراف حول تأثيرالمرض على تنفيذه ومدى اعتباره من قبيل القوة القاهرة[1634]. وعند إغفال الأمر، فإن المرض مجانبة للسلوك العادي للمدين، وخروج عن نمط رب الأسرة الصالح. وبهذا التقدير المجرد يخل المدين إذا أقعده المرض عن الوفاء بما تعهد به[1635] وبالثقة المشروعة التي يرتقبها الدائن من العقد[1636]. فيكون المرض من المكونات الداخلية للمدين، ويرتبط بالخطإ أوبالفعل المؤسس للمسؤولية. ومن المنطق القانوني عدم الخوض فيه كسبيل للتفصي لفقدان العلاقة بينهما، وفصلهما عن بعضهما، لأنه متناقض في جوهره مع القوة القاهرة.

---

1632 Les références nombreuses citées in G. Viney, P. Jourdain, Les conditions de la responsabilité, n° 390, p.258.

1633 Antonmattéi, Ouragan sur la force majeure, J.C.P 1996, éd.G, 3907.

1634 D. Noguéro, L'incidence de la maladie sur l'acte juridique, th. Paris II, 2000. Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, Les obligatons, n° 953, p.513.
ويتم التفاوض في شروط القوة القاهرة و آثارها في العقود الدولية، فيسعى الأطراف إلى تجاوز التباين بين الأنظمة الوطنية بتحرير بنود ضافية تحدد قيامها بأحكام مادية تجنب قواعد النزاع خصوصية بعض الأنظمة القانونية في ذلك.
J.M. Jacquet, Ph. Delebecque, S. Corneloup, Droit du commerce international, Dalloz, 1ère éd.n°447, p.268. Van Ommeslaghe, « *Les clauses de force majeure et d'imprévision dans les contrats internationaux* », RIDcomp.1980, p.1.

1635 تعقيبي مدني عدد 10441 في 17 نوفمبر 1075، غير منشور، ومذكور من بسمة التواتي، المذكرة سابقة الذكر، ص.16.

1636 D. Noguéro, La maladie du débiteur cas de force majeure, chr, 2006, p. 1566: «... L'attente légitime du cocontractant est celle d'un partenaire pouvant accomplir telle prestation qui ne peut être modulée par la maladie à l'initiative du juge ».



ولكن التفرقة بين المرض النفسي المعدم للميز، والمرض العضوي، تطفوعلى السطح مجددا، لتذكر بتباين الأنظمة القانونية الآخذة بالمسؤولية الشخصية أو الموضوعية، وبتلك التي تنفيها على غرار مجلة الإلتزامات والعقود في الفصل 106. الصنف الأول لا يعتبر المرض النفسي سببا أجنبيا عن المدين في المسؤوليتين التقصيرية والتعاقدية[1637]، طالما أنه يقبل في مسلماته بمؤاخذته عما يصدر عنه، ويلزمه بالتعويض عن الأضرار التي يلحقها بالغير، دون التفات إلى اختلال مداركه النفسية. فلا حجة حينئذ في التعرض إلى عدم إسناد الفعل المرتب للمسؤولية بسبب القوة القاهرة متجسمة في مرض المدارك العقلية، لانتفاء ركن الخروج. أما الأمراض العضوية فلا تحقق من باب أولى وأحرى هذا الشرط، مهما كانت درجة الإعاقة البدنية التي تسببها فمنعت المدين من تفادي الضرر.

**499.** ومن الضروري تفسير صيغة الفصل 106 م.ا.ع لمعرفة مدى انطباقها على الإضطراب البدني، الذي يتحول ولو لوقت يسير، إلى فقد للشعور كالأزمة القلبية والنزيف المفاجئ والصرع. فهل إن تغيبيه للميز وتحوله إلى سبب مغيب للشعور يعتبر قوة قاهرة؟ قواعد التفسير تقتضي تقييد النصوص الإستثنائية، وذلك بربط عنصر الإدراك بالمدارك العقلية والنفسية للشخص، دون تعد لكل طارئ وظيفي أوفيزيولوجي يفقد الميز أو الإدراك[1638]. ولا مجال للتناقض بين أحكام المجلة التي تنفي مسؤولية عديم الميز في مستوى الخطإ الشخصي، وبين اعتبار المرض حالة للقوة القاهرة. ويفترض عند القبول بها إلغاء شرط الخروج والإستغناء عن ميزة الحادث

---

1637 G. Viney, P. Jourdain, Les conditions de la responsabilité, n°390, p. 260.

1638 انتهى القضاء الفرنسي في تحديد نطاق الفصل 489-2، المتعلق بمسؤولية عديم الميز إلى حصره في حدود الإضطرابات النفسية والعصبية فقط دون أن يشمل فقدان الشعور باي سبب أخر كالأزمة القلبية التي صعقت شخصا فخر مغشيا عليه وسقط على متضرر.

الأجنبي[1639]. فالرأي أن صيغة النص وإن نفت إطلاقا مؤاخذة عديم الميز بسبب الخبال والجنون، فقد بقيت منحصرة في الفعل الشخصي دون غيره من أوجه المسؤولية. وهو ما ذهب إليه القضاء الفرنسي صراحة، رغم ترتيب مسؤولية عليل العقل والقاصر وعديمي الميز عموما[1640]. والأفضل تحاشي هذا الشرط في خصوص المرض والإستغناء عنه، لأن القوة القاهرة في جوهرها حادث لا يمكن دفعه أو توقعه[1641]. ولم يتعرض القضاء لشرط الخروج ليفرده بالتقدير. فمزج بين جميع الشروط، ليقرر أن "وجود القوة القاهرة قول غير مقبول باعتبار أن المتهم كبير السن ويعاني عديد المشاكل الصحية التي يعرفها جيدا وكان عليه عدم سياقة أي وسيلة نقل اعتبارا لما كان يعانيه"، وأن سياقته لسيارته على حالته "يجعل شرط القوة القاهرة منعدما"[1642]. فهل اختزل القرار شروط القوة القاهرة ليقلص عددها ويقتصر على إحداها؟ يبقى التعليل غامضا، لا سيما بمقارنته مع الحكم الإبتدائي الذي ناقش مسؤولية السائق الجزائية بسبب فقدانه لوعيه واصطدامه بالغير والإضرار بهم. فانتهى إلى "توفر الخطإ في جانبه" من خلال تلك الوقائع. وتختلف زاوية المنظارين، لأن الحكم تطرق إلى وجود الخطإ[1643]، في حين اتجه انتباه القرار إلى الرّد على دفاع السائق المستمد من قيام القوة القاهرة عند فقده للوعي بسبب توعك صحي. ويبدو

[1639] G. Viney, P. Jourdain, op.cit. n°591, p.607.Une place doit donc être réservée à la force majeure d'origine interne, qui continue à exonèrer l'auteur du dommage de sa responsabilité.

[1640] Voir les références citées par G. Viney et P. Jourdain. idem.

[1641] وعند معالجة الوصف القانوني للمرض من زاوية الاجراءات الجزائية وحقوق المتهم رأت محكمة التعقيب في المرض قوة قاهرة يبرر غياب المعترض عن جلسة قبول الاعتراض. قرار تعقيبي جزائي عدد 15454 مؤرخ في 11 أفريل 2007، ن. ج . ص. 335. ان المرض ينزل منزلة القوة القاهرة ويعفي من ألمّ به من كل أثر قانوني انجرّ له بسبب ذلك وهو ما درج عليه فقه القضاء حفاظا على مصلحة المتهم الشرعية وتحقيقا لمبدأ العدل والإنصاف.

[1642] قرارمحكمة استئناف قابس عدد 1159 في 2 جانفي 2006، غير منشور.

[1643] المحكمة الإبتدائية بقابس عدد 1320 في 27 أفريل 2005، غير منشور.



موقف محكمة الاستئناف بصفاقس أكثر وضوحا من هذه الناحية[1644]. فمع تذكيرها بالميزات الثلاثة للقوة القاهرة[1645]، نفت عن المرض شموله لها. ولا يبدو عنصر الخروج جوهريا في موقفها، بقدر قابلية توقعه وتجنبه، في تصور المحكمة. فطالما كانت الأزمة القلبية للسائق التي سببت الحادث أثرا لمضاعفة ناتجة عن انتفاخ مزمن للقلب وعن معاناة في الشرايين التاجية، فإن حدوثها لا ينفي علما سابقا، وقدرة على افتراضها، والتصدي لذلك بعدم السياقة[1646]. وقد رفضت محكمة التعقيب الطعن ضد هذا القرار[1647]، وشددت في تعليلها على ميزتي عدم التوقع وعدم الدفع، دون تعريج عن عنصر الخروج.

**500.** أمّا الإضراب فإنه لا يوفر ميزة الخروج عن إرادة المؤجر، ولكنه يصبح أجنبيا عن هذه الإرادة إذا كان بقرار من الإدارة[1648]. ويعدّ أجنبيا كذلك إذا لم يحترم العمّال المضربون الإجراءات الخاصة بالإضراب خاصة

[1644] القرارات عدد 19717 و19718 بتاريخ 05 فيفري 2008، غير منشورة.

[1645] حيث لا جدال في أن القوة القاهرة تستوجب شروطا تتمثل في عدم توقع الأمر مصدر الضرر و عدم القدرة على مجابهته وخروج مصدر القوة القاهرة عن الحافظ.

[1646] حيث يستخلص من ذلك أن لا وجود لقوة قاهرة أدت إلى الوفاة لعدم توفر شروطها المشار إليها آنفا للقدرة على تصور الخطر أو الحدث والقدرة على التصدي (بعدم السياقة) والعلم بالمرض خاصة وأنه استنادا إلى نفس الاختبار فإن المرض الذي يعاني منه الهالك لا يمكن أن يكون حديث العهد بل يتطور على مر الأشهر والسنوات حتى يصل إلى طور التضخم والانتفاخ إلى مرحلة الانسداد الكلي للشريان التاجي الأيمن للقلب الذي يتطلب هو الآخر فترة زمنية تمتد لشهور وسنوات.

[1647] تعقيبي مدني عدد24677 في 6 أفريل 2009، غير منشور.

[1648] A. Omrane, La force majeure en droit civil et en droit du travail, th. Toulouse, 1981 ; En droit français, Civ.1re, 24 janvier, 1995, p. 327, note G. Paisant ; som. p. 229, n° 4, obs. Delebecque : «un mouvement de grève d'une grande ampleur affectant l'ensemble du secteur public est par là même, extérieur à une entreprise telle qu'EDF qui n'a pu ni la prévoir, ni l'empêcher en satisfaisant les revendications salariales, compte tenu de la maîtrise du gouvenement sur les rémunérations, ou le surmonter d'un point de vue technique; il constitue un cas de force majeure exonérant le fournisseur de sa responsabilité pour les coupures de courant subies par les usagers».

منها الآجال المسبّقة للإعلام بذلك. وحتى إن اختل في الإضراب عنصر الخروج والتوقع، فإنه يوصف حسب الفقه[1649]، كقوة قاهرة بسبب عدم قدرة المؤجر على دفعه.

### 2ـ القوة القاهرة حادث غير متوقع

**501.** الحادث غير المتوقع هو الذي لا يتوقع عادة. فعند السّفر مثلا في ظروف طبيعية حسنة، في رؤية واضحة، لا يتوقع بالنظر إلى هذه الظروف أن تسقط جذوع أشجار في المعبّد. وعلى العكس إذا كان الطقس عاصفا، مع رياح عاتية، يتوقع منطقيا أن تسقط شجرة أو عدّة أشجار، فيصبح هذا الأمر متوقعا، ينفي قيام القوة القاهرة. ويقدر هذا الشرط بمعيار موضوعي، وفق نمط رجل عادي متوسط الحزم و اليقظة[1650]. فلا يفيد تبعا لذلك أنه لم يدخل في حساب المدعى عليه، بل أنه غير ممكن التوقع[1651]. وفي الرجوع إلى رب الأسرة الصالح تطابق مع فقه قضاء محكمة التعقيب[1652]. ولذلك فإن "ارتفاع درجة الحرارة في أحد أيام شهر جوان من كل سنة يبقى دوما من الأمور التي يمكن توقعها في تقدير أي إنسان عاقل"[1653]، تماما مثل التقلبات الجوية في

[1649] J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, droit du travail, Dalloz, 24ème éd. 2008, n° 1204, p. 1456.

[1650] M. Fabre- Magnan, préc.n° 52, p.38.

[1651] سليمان مرقس، ف. 174،ص. 482. في حين أن للفقيه السنهوري رأيا آخر مخالفا، يقتضي "أن يكون الحادث غير مستطاع التوقع لا من جانب المدعى عليه فحسب، بل من جانب أشد الناس يقظة وبصرا بالأمور، فالمعيار هنا موضوعي لا ذاتي، بل هو معيار لا يكتفي فيه بالشخص العادي و يتطلب أن يكون عدم الإمكان مطلقا لا نسبيا". السنهوري، الوسيط، الجزء الأول، ف. 588. كذلك وحيد الدين سوار، المصدر المذكور، ف. 509، ص. 386. وقد استأنس بقرار تعقيبي مصري، نقض 5 نوفمبر 1974، المحامون عدد 12، 1974، ص.356، جاء فيه أن "القوة القاهرة غير ممكنة التوقع من أشد الناس يقظة و تبصرا بالأمور".

[1652] محمد الزين ، مصدر سابق الذكر،ف.371،ص.301، وتحليل القرارات المذكورة في التعليق عدد 51.

[1653] ابتدائية تونس1، حكم تجاري عدد 22596، في 25 اكتوبر 2008، مذكورة عن ألفة المنصوري حرم الإمام في الأطروحة سابقة الذكر.



الأسفار البحرية[1654]. وبناء على ذلك ينتفي وصف القوة القاهرة عن انفلاق العجلة باعتباره محتمل الحصول[1655]. ويبقى التقديرمبدئيا لقضاء الأصل، مما يؤدي إلى اختلاف المواقف و تناقضها في خصوص قذف الحجارة من الغير على المسافرين. فتراوحت المواقف بين منكر للقوة القاهرة[1656] والأمر الطارئ، وبين قائل بها[1657]. ولابد من خلال هذا الشرط أن نميّز بين المسؤولية التعاقدية والمسؤولية التقصيرية. ففي المسؤولية التعاقدية لا تقدر القوة القاهرة إلاّ عند إبرام العقد[1658]، أما في الثانية فيتم عند وقوع الحادث[1659]. ففي النقل البحري يمكن الرصد الجوي من توقع هبوب العواصف وتغيير مسار الرحلة إن إقتضى الأمر تفاديا لطرق العواصف[1660]. وهي من الميزات الأساسية التي بقيت قائمة في تقدير القوة القاهرة لدى القضاء الفرنسي، حيث اعتبر أن سقوط متضررة على القضبان الحديدية لقطار الأنفاق قصدا بغاية الانتحارحدث غير متوقع في قرارات 2006[1661]، في حين أن النزول أثناء سير القطار لعدم توقفه في محطة يقصدها المسافر وقفزه بعد نجاحه في جذب آلية فتح الباب، ليلاقي حتفه في الإبان، عملية لا تجمع صفات القوة القاهرة[1662] .

[1654] تعقيبي مدني عدد 12710، في 6 مارس 1986، ن. ص. 209: رداءة الأحوال الجوية في الرحلات البحرية لا ينظر إليها كقوة قاهرة لأنها لا تخفى عادة على ممارسي هذه الرحلات. قارن مع القرار التعقيبي عدد6728، في 3 جانفي 1983، ن.ج.1.ص.256. وقد انتقده الأستاذ محمد الزين ، مصدر سابق الذكر،ف.372،ص.301، تعليق 51، لأنه تستر تحت تقدير قضاء الأصل في عدم القبول بالقوة القاهرة الناجمة عن سوء الأحوال الجوية وفقدان مواد البناء، في حين أن القضاء لم يناقش دفاع الطاعنة من أن توقع رداءة الأحوال الجوية ينفي قيام القوة القاهرة.

[1655] تعقيبي مدني عدد 7120 في 11 جانفي 2007 ن، ص. 191.

[1656] تعقيبي مدني عدد 55364 في 4 ديسمبر 1996، ن، ص. 66.

[1657] تعقيبي مدني عدد 4686 مؤرخ في 30 جوان 1982، ن. ج.3، ص. 118.

[1658] محمد الزين ، مصدر سابق الذكر،ف.371،ص.300.

[1659] وحيد الدين سوار، ف. 509، ص.386.

[1660] تعقيبي مدني عدد 11973في 17 أكتوبر 1985، ن. 1986، ص.190.

[1661] Ass. Plén. 14 avril 2006, préc.

[1662] Civ. 2ème, 13 juillet 2006, JCP 2007, éd. G. 2007, 115,n°8, obs. Ph. Stoffel-Munck.

**502.** ولا بدّ هنا أن نفرّق بين القوة القاهرة والظروف الطارئة. الظروف الطارئة لا تنفي العلاقة السببية. وهي تعني إرهاق أحد الطرفين في العقد بسبب حادث يصير التزام المدين مرهقا، بعد أن نشأ العقد متوازنا. فمثلا إذا التزمت شركة بترولية بأن تزوّد نقاط البيع بكميات من المحروقات بثمن 30 دولارا للبرميل لمدّة 10 سنوات وأدّى ارتفاع شديد في الأسعار إلى وصول البرميل إلى 50 دولارا، فإن الشركة المزوّدة تبقى مبدئيا وفق القوة الملزمة للعقد مجبورة على بيع الطاقة بالثمن السّابق المتفق عليه، وملزمة بأن تشتريه في نفس الوقت بـ 50 دولارا. هذا المثال يؤكد نظرية الظروف الطارئة. والقانون التونسي لم يأخذ بها، على خلاف بعض القوانين الأخرى، خاصة المصري والألماني. وقد نفت محكمة التعقيب وصف القوة القاهرة عن الصعوبة الاقتصادية[1663] التي تؤدي إلى الطرد أو الايقاف عن العمل[1664].

أمّا في المسؤولية التقصيرية، فإن التقدير يتم متزامنا مع وقوع الفعل الضار. فعند السياقة في المناطق العمرانية يتوقع عادة قطع المعبّد من طرف المترجلين. فإذا صدم دراجي أحد المترجلين فلا يستطيع أن يعتذر بوجود القوة القاهرة. كذلك يكون الإضراب متوقعا إذا ما أعلم العمّال المؤجر بموعد الإضراب مع احترام الشروط القانونية. وينصهر هذا الشرط في الميزة التي يضيفها الفصل 283 م ا ع والتي تقتضي أن يكون الحادث غير ممكن الدفع.

[1663] تعقيبي مدني عدد 33760 مؤرخ في 30 اكتوبر 1993، ن. ص. 179.

[1664] تعقيبي مدني عدد 74931 مؤرخ في 28 سبتمبر 2000، قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب 2000/1999، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية 2001، ص. 305. وقرنت ملاحظات الادعاء العام (ص. 316) بين مفهوم القوة القاهرة في مجلة الشغل ومفهومها في 283 م. ا. ع. وأكدت ان مقوماتها كما جاءت في القانون المدني لا تتناسب مع الطبيعة الحمائية لقانون الشغل الذي تعرض لها في الفصل 21، ف. 12، لا سيما وأنها متوقعة ولها بوادر مألوفة. وقد نحت الدوائر المجتمعة اتجاها حمائيا يفترض القيام بإجراءات للحصول على رأي اللجنة المركزية أو الجهوية لمراقبة الطرد عند ظهور تلك الصعوبات الإقتصادية. وأن القوة القاهرة لا تبرر الطرد إلا إذا حالت دون الحصول على رأي تلك اللجنة.



### 3ـ القوة القاهرة حادث غير ممكن الدفع

**503.** صيغة الفصل 283 م ا ع تعرضت إلى "الحادث الذي لا يستطيع الإنسان دفعه"، وعارضته بصيغة "السبب الممكن اجتنابه". وللتدقيق فإن عدم إمكانية الدفع تتعلق بحصول الحادث وبآثاره. وهو ما يبسط السؤال الذي طرحه بعض الفقهاء حول ما إن كان الشرطان مفترقين أم مستقلين، وما إن كانا منصهرين في نهاية المطاف، ليصبح عدم التوقع درجة من درجات عدم القدرة على دفعه[1665]؟ فالفيضانات والزوابع و الزلازل أحداث واردة الحصول. وأشارت محكمة التعقيب إلى عدم استطاعة الانسان دفعها دون أن تشترط صراحة كل الميزات التقليدية للقوة القاهرة[1666]. ولذلك فإن شرط عدم التوقع لا يجدي دائما في قيام القوة القاهرة، إلا إذا اقترن بالطبيعة الاستثنائية لتلك الأحداث، لينحصر الأمر في عدم القدرة على دفع آثارها[1667].

وهذا يعني أن المدين في المسؤولية التقصيرية أو التعاقدية ملزم أن يستعمل كل ما في وسعه من حرص وحزم لدرء هذا الحادث وتجاوزه. وتعني عدم إمكانية الدّفع استحالة استبعاد نتائجه وأثره، وتختلف عن مجرّد صعوبة الدّفع. فالظروف الطارئة حادث يصعب دفعه دون أن يستحيل ذلك. في حين أن

[1665] Ph. Brun, n° 276, p. 175; Viney et Jourdain, n° 396, p. 272.

[1666] تعقيبي مدني عدد 1990 مؤرخ في 17 أكتوبر 2005، ن. ج.2، ص.379، ويرتبط هذا القرار بنضوب ماء بئر حمام، اعتبر قوة قاهرة لا يتيسر معها مواصلة استغلال الحمام.

[1667] ولم يحتجب هذا الشرط في القضاء العدلي الفرنسي
Ph. Brun, op. cit. n. 178, p.176.

في حين أن القضاء الإداري الفرنسي مشدود في تعريف مصطلح القوة القاهرة إلى شرط عدم التوقع أكثر منه إلى شرط عدم الدفع.
O. Sabard, La cause étrangèredans les droits privés et publics de la responsabilité extracontractuelle, L.G.D.J 2008, Préface. F. Leduc, n° 102, p. 78.

عدم الدفع في القوة القاهرة يترادف مع الاستحالة وينفي العلاقة السببية. ويتم تقدير ذلك وفق معيار موضوعي فيفهم منها الاستحالة المعقولة التي لا يستطيع شخص عادي تجاوزها. وهناك تقدير يقوم على اشتراط الاستحالة المطلقة[1668]. فتستطيع مثلا باخرة ذات حمولة ضخمة أن تقاوم ريحا تحطّم سفنا أقل حمولة، ومن باب أولى وأحرى سفنا شراعية. ولا تستطيع البواخر والسّفن كلها مهما كانت ضخامتها أن تواجه إعصارا عنيفا. فإذا اعتمدنا التقدير المطلق، فإن الفرضية الأولى لا تمكن من قيام القوة القاهرة. ويقترح بعض الفقهاء أن يتم تقدير القوة القاهرة وفق إمكانيات المسؤول، أي وفق معيار مجسّم. ويعتمد القضاء التقدير الموضوعي، ويتبنى الاستحالة المعقولة أحيانا. وذهب القضاء التونسي إلى ذلك، فرأى أن انفلاق عجلة السيارة لا يعد قوة قاهرة إذا انحازت السيارة إلى اليسار بسبب السرعة المفرطة للسائق[1669]، ويمكن تجنبه "بالتثبت من صلاحية العجلات قبل استعمال السيارة"[1670]، "أو بمراقبتها للتأكد من سلامتها"[1671]. ولكنه انتصر بوضوح للمعيار المطلق في قرارات أخرى[1672]. فقد أكد أنه "يخلص من الفصل 283 أن القوة القاهرة هي الحادث الذي لا يمكن توقعه ويستحيل دفعه ويجب أن يكون الحادث غير مستطاع التوقع لا من جانب المطلوب فحسب، بل من أشد الناس يقظة وتبصرا بالأمور، فالمعيار موضوعي لا ذاتي. وبالإضافة إلى ذلك يجب أن تكون القوة القاهرة مستحيلة الدفع، وأن تكون الاستحالة مطلقة بالنسبة للمدين، أو لأي شخص يكون في موقف المدين". ويتسم هذا التقدير بمرونة قضائية عندما يريد القضاء حماية طرف ضعيف

[1668] محمد الزين ، مصدر سابق الذكر ،ف.372،ص.302.

[1669] قرار 29 نوفمبر 1997، ن. م. ج II، ص. 50. قرار 21 مارس 1982، ن. ج. I ، ص. 312.

[1670] تعقيبي مدني عدد 7120 في 11 جانفي 2007، سابق الذكر.

[1671] قرار تعقيبي مدني عدد 25213 في 04 أفريل 2009، ن، ص. 199.

[1672] تعقيبي مدني عدد24677 في 6 أفريل2009، غير منشور، سابق الذكر.



فالقضاء الفرنسي لم ير وجود قوة قاهرة في اصطدام ضرير بعربة القطار، رغم تنبيه المسافرين له بعدم الاقتراب أكثر من الرصيف[1673].

**504**. ويرتبط أيضا هذا التقدير بالتطور العلمي وضرورة مواكبة تقنياته قصد درء تبعات الحادث. فلا وجاهه حينئذ للشركة القومية للكهرباء والغاز من التعلل بالقوة القاهرة الناجمة عن الحرارة التي أدت إلى انقطاع التيار الكهربائي وتوقف أجهزة التبريد وهلاك رؤوس الطير، لأنها" متحملة بالتزام مستحدث متفرع عن التزامها بضمان استمرارية المرفق العمومي وديمومته، وهي المكلفة بإسدائه، ويتمثل في واجب مواكبة التطور التكنولوجي ذي الصلة بنشاطها، مما يؤهلها لتفادي جميع ما يمكن أن يطرأ من اشكاليات تقنية أو صعوبات تعترض السير الطبيعي لأداء مهامها[1674]، ومدى وجود مشاكل تحدثها اكتشافات علمية ولا تظهر إلا بعد حين وهو ما يعرف le risque de développement أي مخاطر التطوّر العلمي. فمثلا في مادة الإعلامية، لم يكن فيروس الإعلامية في البداية معروفا. ولذلك فإنه يؤسس قبل اكتشافه القوة القاهرة التي تتوفر ميزاتها[1675]. أمّا الآن فلا يعد قوة قاهرة إذ يمكن توقعه ويمكن دفعه ببرامج إعلامية تمكن من العثور عليه وتجنب كل مضاره. ولذلك لا يعد حاليا فيروس الإعلامية من تبعات التطوّر. لأن تبعة التطوّر تنشأ من استعمال تقنيات حديثة لا تظهر أضرارها ولا تتجلى مشاكلها إلا بعد حقبة زمنية تمرّ على استعمالها، ويكون الجهل مشروعا بعيوبها وما تسببه من أضرار.

[1673] Civ 2ème, 11 Janvier 2001. R.T.D.civ. 2001, p. 974 et les observations Jourdain.

[1674] ابتدائية تونس 1 الحكم التجاري عدد 22596 ، سابق الذكر.

[1675] Jurisprudence française, Com. 25 novembre 1997, D. aff.1998, p.65; R.T.D.civ. 1998, p. 386, obs. Jourdain.

وهو سبب من أسباب التفصي الخاصة التي عرفتها القوانين الأوروبية في نظام المسؤولية عن المواد المعيبة وفق التوجيه المؤرخ سنة 1985، ولا ينتمي نظريا وتطبيقيا إلى أسباب التفصي العادية المتعارف عليها في القانون المدني[1676]. ويعني أن الصانع بإمكانه أن يدرأ عن نفسه المسؤولية إذا كان ترويج المادة متزامنا مع استحالة التفطن علميا إلى وجود الخلل أو العيب، فلا يكتشف ذلك العيب إلا لاحقا، بعد بلوغ العلوم شأوا يمكن من الوقوف عليه. ومن أمثلة المآسي التي أثارت النقاش حوله، تسبب بعض المواد مثل الحرير الصخري، وكذلك الدم الملوث بجرثومة السيدا في إصابة العشرات، دون أن تمنعها المعارف الطبية المعاصرة لها عند استعمالها بالإرشاد في اللحظة المناسبة إلى الوقاية منها. وبما أن العيب غير خارج عن المنتوج أو المادة، فإنه لا حديث بسبب ذلك عن السبب الأجنبي، حتى وإن كان غير متوقع وغير ممكن الدفع[1677]. وقد دققت محكمة العدل الأوروبية أن عدم القدرة على اكتشاف العيب لا تقدر وفق ما استقر عليه العلم في سوق معينة بل بالنظر إلى المخزون العلمي الكوني[1678].

وفي غياب نص خاص، هل تعد مخاطر التطور العلمي مؤسسة للقوة القاهرة؟ من العسير أن يوفر خطر التطور العلمي ركن الخروج، حتى وإن كان

[1676] Bacache- Gibeili, préc. n°587, p.665; Brun, n°749, p.499. Il est consacré par l'article 1386, al 11.C.Civ. qui énonce « Le producteur est responsable de plein droit à moins qu'il ne prouve: 4- Que l'état des connaissances scientifiques et techniques, au moment où il a mis le produit en circulation, n'a pas permis de déceler l'existence du défaut ».

[1677] Bacache-Gibeili, préc.Contra, Ewald, La véritable nature du risque de développement et sa garantie, Risques, 1993, n°14, p.9, qui y voit un cas de force majeure, constituée par « un défaut de la connaissance du produit qui reste extérieur au produit ».

[1678] CJCE, 29 Mai 1997, D.1998, p. 408, note A. Penneau, J. C. P 1997, I .4070, obs.G.Viney



قائما على جهل مشروع للمنتج لعيب البضاعة. ولذلك فإن القضاء الفرنسي رفض المرادفة بينهما قبل إقحام التوجيه الأوروبي لسنة 1985 ورفضه كسبب أجنبي للتفصي[1679]، وهو مايفسر أيضا أن بعض الأنظمة بقيت على هذا الموقف[1680]. وينفي بعض الفقهاء عنها ذلك، لأنها لا ترتبط أصلا بالسببية بل بإسناد المسؤولية، فهي لا تقطع الرابطة السببية بل ترتبط بوجودها وبإسنادها[1681].

وتستحسن بعض الآراء، بما أن هذه المخاطر غير أجنبية عن المنتوج وغير خارجة عنه، عدّها في القانون من قبيل الأمر الطارئ[1682]، حتى تحقق كسبب من أسباب التفصي، قدرة المنتوج التونسي في المنافسة وترفع عنه معاليم تأمينية ثقيلة.

505. وأصبح شرط عدم الدّفع جوهريا لدى القضاء الفرنسي في قيام القوة القاهرة. فقد نقضت محكمة التعقيب الفرنسية قرارا نفي وجود القوة القاهرة بسبب سرقة بعض البضائع من عربة نقل برّي باستعمال التهديد والسلاح. محكمة التعقيب الفرنسية أكدّت وجود القوة القاهرة، وأكدّت أن شرط عدم الدّفع يكفي لوحده لقيام القوة القاهرة بشرط أن يثبت المسؤول أنّه بذل كل

[1679] Brun, n°750,p.500; Viney et Jourdain, Les conditions, n° 391-1, p.263, et les références abondantes. Civ 1ère, 12 avril 1995, J.C.P 1995, II, 22467, note Jourdain.

[1680] لم يكن توحيد المواقف يسيرا في الأنظمة الأوروبية لاختلاف المواقف وتباينها في حالة التفصي. وقد رتبت بلاد اللكسمبورغ وفنلندا مسؤولية المصنع عند مخاطر التطور وكذلك بالنسبة للأدوية في القانون الألماني المؤرخ في 24 أوت 1976.

[1681] Ch. Larroumet, La notion de risque de développement, risque du XXIe siècle, Dalloz 2000, p. 1596.

[1682] I. Amouri, n°537 p 508s, n°543.

ما في وسعه لتجنّب الضّرر[1683]. ويسير المصطلح في القانون المقارن نحو تعريف مستحدث يضع هذه الميزة كركن جوهري في القوة القاهرة[1684].

### ب ــ آثار القوة القاهرة

**506.** تؤدي القوة القاهرة إلى انتفاء العلاقة السببية وانتفاء عنصر من عناصر المسؤولية. وفي بعض المواقف انتهى القضاء الفرنسي إلى تجزئة المسؤولية إذا تظافرت القوة القاهرة مع اقتراف خطإ، كأن يتولى ربّان السفينة عدم ترصيف البضاعة وفق مواصفات السلامة، أو أن يقوم بمناورة تعجّل بغرقها. ولكن هذا الموقف غير منطقي، لأن القوة القاهرة إمّا أن تنفي العلاقة السببية، وإمّا أن لا تتأسس هي في حدّ ذاتها. أما في المسؤولية التعاقدية، فإنها تؤدي إلى إعفاء المدين من التزامه. لكن آراء أخرى دافعت عن تعليق العقد وقتيا، لوجود استحالة ظرفية في تنفيذه[1685].

### الفقرة الثانية: الأمر الطارئ: Le cas fortuit

**507.** تحدّث الفصل 282 م إ ع عن الأمر الطارئ والقوة التي تمنع من تنفيذ الالتزام وتعدّ من قبيل القوة القاهرة، كما نص الفصل 104 في فقرته

[1683] Commercial 11 octobre 1997, R.T.D. Civ 1998, p.121 avec les observations Jourdain.

[1684] "La force majeure est un évènement irrésistible que l'agent ne pouvait prévoir ou dont il ne pouvait éviter les effets dommageables par des mesures appropriées". Viney et Jourdain, Les conditions, n°396, p. 273; également l'art.1349, al. 3 de l'avant- projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription.

[1685] وقد أشار لها الأستاذ محمد الزين بوضوح، ودعمه بفقه محمد المالقي، وبقرار تعقيبي عدد 16976، في 16 جانفي 1989، م.ق.ت. 1991، عدد4،ص. 35. قارن بالقرار تعقيبي مدني عدد 1990 مؤرخ في 17 أكتوبر 2005، سابق الذكر، الذي رأى أن القوة القاهرة لا يتيسر معها مواصلة تنفيذ العقد.



الثانية م إ ع أنه "لا ضمان بمضرة حصلت بأمر طارئ أو قوة قاهرة إذا لم يكن هناك خطأ ينسب للمدعي عليه قبل وقوع الحادثة أو في أثنائها"، وجمع الفصل 280 م إ ع بينهما. تبدو من صياغة هذه الفصول أن المشرع ميّز بين القوة القاهرة والأمر الطّارئ، في حين أن الشرح الأول للمجلة[1686]، وما أعقبه من اجتهاد فقهي[1687]، أكدا الترادف بين المفهومين.

**507 مكرر.** ثم إن القضاء لا يفرّق بينهما ويعتبرهما ذوي معنى متطابق[1688]. فقد جاء عن محكمة التعقيب[1689] أن " الأمر الطارئ شبيه بالقوة القاهرة في درء المسؤولية، وكلاهما ينتج نتائج قانونية واحدة بدون ميز أو تفرقة حسب مقتضيات الفصلين 654 من المجلة التجارية و 282 م إ ع".

ويرى الفقه أن القوة القاهرة إذا ما نزعت عن عنصر الخروج تتحوّل إلى أمر طارئ[1690]. وقد ورد الموقف في القانون الإداري الذي ضبط حاجزا اصطلاحيا بينهما، نفى بسبب هذا عن الأمر الطارئ وصف السبب الأجنبي[1691]، إلا أنه ينهض رغم ذلك سبيلا للتفصي، ينفي الخطأ عن المدين ، ليعدّه صاحب

[1686] A. Morel, Commentaire du code tunisien des obligations et des contrats, Imprimerie rapide de Tunis, 1991, Art. 418.

[1687] محمد الزين ، مصدر سابق الذكر، ف.369،ص.299. الذي تطرق لهما معا.

[1688] م.ح. الشريف، حول الدفع بالقوة القاهرة في قضايا حوادث المرور. م. ق. ت. 1992، عدد 5، ص. 31.

[1689] تعقيبي مدني عدد 7793 في 29 أفريل 1971، ن. 1972، ص. 66.

[1690] جريج. النظرية العامة للموجبات، الجزء الأول،ص. 181: يذهب فريق من العلماء إلى القول بوجوب التمييز بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ، متخذا فيصلا لهذا التمييز، تحقق القوة القاهرة باستحالة دفع الحادث على وجه مطلق، حيث تتجلى فكرة التغلب على الإرادة، وتحقق الحادث المفاجئ بعدم إمكانية توقعه، حيث تتجلى فكرة القضاء والقدر.

[1691] R. Chapus, Droit administratif général, Montchrestien, Domat droit public, t.1, 1991, n°1416. Fabre- Magnin, n°58, p.150.

رأي حصيف " السبب المجهول"[1692]. ولكن القضاء الاداري ساوى عمليا بينهما، على غرار القضاء العدلي[1693].

**508.** وعلى هذا الأساس يكون المرض أمرا طارئا وليس قوة قاهرة. وقد أضاف ستارك بغاية تعزيز جانب المتضرر أن المعبّد بالنسبة للسيارات، والقضبان الحديدية بالنسبة للقطار، والسرعة الدافعة لجميع وسائل النقل ، تعد كلها داخلة في وسائل النقل. وعلى هذا الأساس فإنّها تكون داخلة في إرادة المسؤول لأنّ السّرعة منبثقة من وسيلة النقل المحرّكة. فإن أصيب راكب مسافر بزجاجة ألقيت عليه من الخارج أثناء سير القطار، فإن عنصر الخروج لا يتوفر بالنسبة للناقل في تحليل ستارك، على خلاف ما ذهب له القضاء. ويقرّب هذا التحليل بين مفهومي القوة القاهرة والأمر الطّارئ.

### الفقرة الثالثة: فعل المتضرّر: Le fait de victime

**509.** فعل المتضرر يؤدي إلى التفصّي إذا ما وفرّ ميزات القوة القاهرة[1694]. ويكون سقوط حريف في المصعد غير موفرّ أيضا ميزات القوة القاهرة، إذا ما زاحمته حريفة أخرى وتسببت له في ذلك السقوط[1695].

---

[1692] « *La cause inconnue* »: Hauriou, note sous CE, 10 mai 1912, S. 1912, 3, 161.

[1693] توفيق الغناي، المسؤولية الادارية التعاقدية، دراسات قانونية، 2006، عدد خاص، المسؤولية الإدارية، ص. 265، خاصة، ص. 308، مع المراجع المتعلقة بالقانون الفر نسي، ص. 309.

[1694] تعقيبي مدني مؤرخ في 25 أفريل 1975 ، R.T.D, 1975 , p. 221, note.

[1695] Civ 29 Mai 2001, R.T.D, civ 2001, p.598, observations.

تنص المادة 196/ب (سير) على أن: "يعفى المالك والسائق من هذه المسؤولية (عن الأضرار الجسدية والمادية التي تنتج من جراء استعمال المركبة)، إذا أثبت أن الضرر كان بسبب قوة قاهرة، أو خطأ خطير من المتضرر، أو من شخص ثالث، دون ان يرتكب هو أو الأشخاص المسؤول عنهم خطأ ما. وإذا كان الخطأ المنسوب إلى المتضرر، أو الشخص الثالث خفيفا، فتحدد مسؤولية المالك والسائق حسب الظروف المحيطة بالقضية ". وجاء في قرار لمحكمة النقض السورية: بتاريخ 9 فيفري 1974، المحامون 1974، ص. 37. مذكور عن محمد وحيد الدين سوار، القانون المدني، النظرية العامة للإلتزام ، الجزء الأول مصادر الإلتزام، ص. 193. "وحتى يتسنى لمحكمة الدرجة الثانية القول بالمسؤولية القائمة على الخطأ المفترض،



وإذا لم يوفر فعل المتضرر ميزات القوة القاهرة، فهل يؤدي هذا إلى التفصّي؟

**510.** هناك من رأى أن فعل المتضرر يؤدي إلى تجزئة المسؤولية بحسب مساهمته في الحادث. ويتولى القضاء تقدير ذلك الأمر. وقد انتهت قرارات الدوائر المجتمعة إلى ترتيب تفاضلي بين الأخطاء التي ساهمت في الضرر. والمبدأ أن الخطأ الجسيم يستغرق العلاقة السببية كلها إذا ما عاضده خطأ يسير.

فإذا استسلم راع للنوم على قضبان سكة حديدية، وجاء القطار فداسه، اعتبر القضاء المصري أن عدم التنبيه من سائق القطار لا يعدّ خطأ تقصيريا مساهما في الوفاة التي تنسب إلى خطأ المتضرر وحده[1696]. ولكن خطأ المتضرّر يكون المتسبب الوحيد في الضرر إذا بينت الوقائع أنّه هو الرابط الوحيد بين تدخل الشيء والضرر[1697].

### الفقرة الرابعة: فعل الغير: Le fait du tiers

**511.** الغير هو كل أجنبي عن المسؤول والمتضرّر. فالتابع مثلا لا يعد غيرا بالنسبة للمتبوع حتى إن خرج عن وظيفته. ولا يعدّ غيرا أيضا كل من يستعمله المدين في تنفيذ الالتزام. فالجماهير الرياضية لا تعتبر غيرا بالنسبة للفريق الذي ينظم مقابلة كرة قدم، لأن حضور الجماهير ضرورة في انجاح كل مقابلة رياضية. ولذلك فإن إلحاقهم للضرر بجماهير الفريق المنافس أو بذلك الفريق أصلا ترتب مسؤولية فريقهم المفضل. فلا يمكنه أن يدفع بفعل الغير

---

يتحتم عليها تقصي وضع السلك الشائك ... لبيان ما إذا كان في حالة تسمح عادة بأن يحدث الضرر، وعندها يمكن القول بأن هذا السلك تدخل إيجابيا في إحداث الضرر".

[1696] القضاء التونسي موقف مماثل، تعقيبي مدني عدد 50223 في 27 جانفي 1998، ن. ص. 163.

[1697] تعقيبي مدني عدد 68193، في 4 جانفي 1999، ن. ج. II ، ص. 104.

ليتفصى من وفاة أحد الأنصار بسبب قذيفة مضيئة وجّهت له من مدارج الفريق المضيّف[1698].

**512.** ولا بدّ لفعل الغير أيضا أن يكتسي شروط القوة القاهرة حتى يكون سببيا للتفصيّ وانتفاء العلاقة السببية. وتلقى المسؤولية حينئذ على الغير الأجنبي. أمّا إذا كان الفعل مساهما في حصول الضرر، فللمسؤول أن يحصل على تجزئة المسؤولية وفق المساهمة السببية للغير. ويحق للمتضرر أن يثير الدّفع ضد المسؤول والغير بالتضامن، عندما يمكن تقدير مساهمة كل واحد في حصول الضرر.

وما أوتيتم من العلم إلا قليلا.

---

[1698] C.A.Lyon 16 décembre 1988, JCP 1990, 21510.





— أ —

— ج —



— ح —

## الفهرس

# شروط المسؤولية المدنية

في القانون التونسي والمقارن

الأستاذ سامي الجربي



سامي الجربي أستاذ التعليم العالي في القانون الخاص بكلية الحقوق بصفاقس. تحصل على دكتوراه دولة بأطروحته حول تفسير العقد، وعلى التبريز في القانون الخاص. وهو مسؤول عن وحدة البحث "الالتزامات والتحكيم" بنفس الكلية، وعضو بجمعية بيت الخبرة منتدى العمل والتنمية بصفاقس. وله مقالات أخرى منشورة. وهو محام لدى التعقيب.

عالج هذا الكتاب شروط المسؤولية، وهي الفعل الضار والضرر والعلاقة السببية، كما وردت بمجلة الالتزامات والعقود وبعض النصوص الخاصة والقوانين المقارنة.

يرتبط محتوى الكتاب بدروس الإجازة والماجستير وبالبحوث الجامعية، ويمكن أن يكون عونا للسادة القضاة والمحامين ومساعدي القضاء.

**الثمن: 30 د.ت**
الايداع القانوني: الثلاثية الثالثة 2011
I.S.B.N: 978-9973-02-592-0

مطبعة التسفير الفني
Imprimerie Reliure d'Art
Tél +216 74 432 938 - Fax +216 74 432 248
I.R.A